

DAS TONBAND ALS BEWEISMITTEL IM STRAFPROZESS

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

von

Rechtsanwalt Hans-Joachim Weinmann
aus Mannheim

1959

DAS TONBAND ALS BEWEISMITTEL IM STRAFPROZESS

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

von

Rechtsanwalt Hans-Joachim Weinmann
aus Mannheim

1959



Erster Referent: Professor Dr. Ulrich Klug

Zweiter Referent: Professor Dr. Werner Niese

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 1959

Datum des Diploms 22. DEZ 1959

M e i n e n E l t e r n

Inhaltsübersicht

Schrifttumsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XII
Einleitung	1
<u>Erster Abschnitt: Die Tonbandaufnahme als strafprozessuales Beweismittel.</u>	
§ 1 Die Bedeutung der Tonbandaufnahme für die gerichtliche Sachaufklärung.	5
I. Die Wahrheitsermittlungspflicht des Richters (Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung).	5
1) Wesen der materiellen Wahrheitserforschung.	5
2) Der Beweis.	5
a) Strengbeweis und Freibeweis.	5
b) Wissenschaftlich-technische Hilfsmittel als Erkenntnisquellen.	6
c) Tauglichkeit der Tonbandaufnahme als Erkenntnisquelle	7
II. Grenzen der richterlichen Wahrheitserforschungspflicht durch	8
1) die überkommenen Beweisverbote	8
2) das aus dem Grundsatz der Justizförmigkeit des Strafverfahrens resultierende Verbot der Benutzung nicht als Beweismittel zugelassener Erkenntnisquellen.	8
3) Allgemeine Probleme um die Frage der Beweismitteleigenschaft des Tonbandes.	9
a) Die generelle Beweistauglichkeit der Tonbandaufnahme ist für die Bejahung ihrer Beweismitteleigenschaft nicht ausschlaggebend.	9
b) Auf die Frage der Beweismitteleigenschaft des Tonbandes ist seine im Einzelfall mögliche Unzuverlässigkeit ohne Einfluß.	10
c) Die Bejahung der Beweismitteleigenschaft des Tonbandes ist von seiner Einordnungsmöglichkeit in den Kreis der gesetzlich zugelassenen Beweismittel abhängig.	10
§ 2 Das ältere und jüngere Schrifttum zur Frage der Beweismittequalität von Schallaufnahmen.	12
I. Brennpunkt des Meinungsstreites um die Beweismittequalität des Tonbandes im älteren und jüngeren Schrifttum.	12
1) Es herrscht Einigkeit darüber, daß die Tonbandreproduktion mit der unmittelbaren Aussage persönlicher Beweismittel nicht vergleichbar ist.	12
2) Gegenstand der Kontroverse: Stellt die Tonbandvorführung Urkunden- oder Augenscheinsbeweis dar?	13
II. Das ältere Schrifttum zu dieser Streitfrage.	14
1) Die Vertreter des Augenscheinsbeweises.	14
2) Die Vertreter des Urkundenbeweises.	16

II

III.	Das jüngere Schrifttum zu dieser Streitfrage.	16
1)	Allgemeine Bemerkung zur Behandlung des Beweismittelproblems in Schrifttum und Rechtsprechung der Gegenwart.	16
2)	Äußerungen der einzelnen Autoren.	17
a)	Die Vertreter des Urkundenbeweises.	17
b)	Die Vertreter des Augenscheinsbeweises.	18
c)	Äußerungen aus dem zivilprozessualen Schrifttum.	18
3)	Folgen des Meinungsstreites.	19
§ 3	Die Tonbandaufnahme als Urkunde beziehungsweise als Augenscheinsobjekt.	20
I.	Ausgangspunkt der Untersuchung der Beweismittel-eigenschaft des Tonbandes.	20
II.	Begriffsbestimmungen.	20
1)	Die Urkunde.	20
2)	Das Augenscheinsobjekt.	21
III.	Die Tonbandaufnahme als Augenscheinsobjekt.	22
1)	Beweis durch die äußere Beschaffenheit des Tonbandes.	22
2)	Beweis durch die bloße akustische Erscheinung des reproduzierten Tonbandinhaltes.	22
3)	Zusammenfassendes Ergebnis.	24
IV.	Die Tonbandaufnahme als Urkunde.	24
1)	Beweis durch den durch das Tonband verkörperten Gedankeninhalt; Abgrenzung gegenüber dem Augenschein am Tonbandinhalt.	24
2)	a) Schriftcharakter der Tonbandaufzeichnung.	26
	b) "Verlesbarkeit" der Tonbandaufzeichnung.	28
3)	Zusammenfassendes Ergebnis.	29
V.	Einwendungen gegen die Urkundeneigenschaft des Tonbandes.	29
1)	Mangel der Feststellbarkeit des Urhebers der aufgenommenen Erklärung.	30
2)	a) Mangel der nachträglichen Veränderbarkeit der Tonbandaufnahme.	31
	b) Unmöglichkeit der Feststellung der Verändertheit.	32
	c) Fehlen der Inhaltskontrolle durch das Auge.	33
3)	Ergebnis.	33
VI.	Vorzüge, die sich aus der Anerkennung der Tonbandaufnahme als Urkunde ergeben.	34
1)	Strafrechtsschutz hinsichtlich der Veränderung und Beseitigung von Tonbändern.	34
2)	Unterstellung der Tonbandaufnahme unter die Vorschriften des Urkundenbeweises.	35
	a) Das Beweismittelverbot des § 250.	35
	b) Die Ausnahmebestimmungen der §§ 251 ff.	36

Zweiter Abschnitt: Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweiszwecken, die im Rahmen des Ermittlungsverfahrens durch Vernehmungsbeamte rechtmäßig angefertigt worden sind.

§ 1	Das Tonband als Vernehmungsprotokoll.	37
I.	Zur Frage der Verwendung von Tonbandgeräten bei Polizei- und Justizbehörden.	37
1)	Rechtliche Zulässigkeit der Verwendung zu behördeninternen Zwecken.	37
2)	Forderung nach Verwendung des Tonbandes anstelle des bisher gebräuchlichen schriftlichen Protokolls.	38
3)	Hinweis auf die rechtliche Problematik dieser Art der Verwendung.	38
II.	Untersuchung der Frage, ob Tonbandaufnahmen über Vernehmungen aus dem Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung zu Beweiszwecken verwendet werden können.	39
1)	Verwendung zu Vorhaltungen.	39
a)	Wesen des Vorhaltes.	39
b)	Der Vorhalt nach § 253 StPO mit Hilfe von Tonbandaufnahmen.	40
aa)	Die unmittelbare Evidenz.	41
bb)	Möglichkeit, den Bandvorhalt auf bestimmte Stellen zu beschränken.	41
2)	Verwendung im Urkundenbeweis.	42
a)	Nach geltendem Recht kommt die Tonbandaufnahme als Protokoll nicht in Betracht.	42
b)	Erwägungen über eine Gesetzesänderung.	44
aa)	Kein Ersatz der Protokollunterschriften durch die Tonaufnahme bestätigender Erklärungen der Beteiligten.	44
bb)	Aufnahme der Unterschriften auf ein gesondertes, den Akten beizufügendes Blatt.	44
cc)	Sicherungsvorkehrungen gegen nachträgliche Veränderungen der Tonbandaufnahme.	45
§ 2	Fortsetzung: Zur Zweckmäßigkeit der Verwendung von Tonbandaufnahmen als Vernehmungsprotokoll.	45
I.	Vorzüge der Tonbandaufnahme gegenüber dem schriftlichen Vernehmungsprotokoll.	46
1)	Praktische Vorteile.	46
2)	Rechtliche Vorteile.	46
a)	Wirklichkeitsgetreue und fehlerfreie Überlieferung der Vernehmungen aus dem Ermittlungsverfahren.	47
b)	Möglichkeit der Ausscheidung prozeßordnungswidrig erlangter Aussagen.	47
aa)	Schutz der Beweisperson.	48
bb)	Schutz des Verhörsbeamten.	48
3)	Keine Beeinträchtigung der Vernehmung durch das mitlaufende Tonband.	49

IV

II.	Nachteile der Tonbandaufnahme gegenüber dem schriftlichen Vernehmungsprotokoll.	49
1)	Tonbandaufnahmen sind stets umfangreicher als schriftliche Protokolle.	49
2)	Mangelnde Übersichtlichkeit des Tonbandprotokolls.	51
3)	Ergebnis: Die Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch Tonbandaufnahmen ist abzulehnen.	51
III.	Die Tonbandaufnahme als Ergänzungsmittel zum schriftlichen Protokoll.	52
1)	Ihre Beifügung zum schriftlichen Protokoll als "Anlage" ist zu empfehlen.	52
2)	Analoge Anwendung des § 188 Abs. 4 StPO scheidet aus.	53
3)	Vorschlag zur Gesetzesänderung.	53
 <u>Dritter Abschnitt:</u> Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken, die von privater Seite hergestellt worden sind.		
I.	Zunehmende Verwendung von Tonbandgeräten zwecks Fixierung von Äußerungen zu Beweis Zwecken.	55
II.	Voraussetzungen für die Beweiserhebungspflicht der Gerichte mit Hilfe privater Tonbandaufnahmen gemäß § 245 StPO.	56
1)	Beweismittelleigenschaft des Tonbandes.	57
2)	Nichtvorliegen von Beweismittelverboten (§§ 250 ff.).	57
a)	Grundsätzliche Unverwertbarkeit privater Tonbandaufnahmen, die den Charakter einer Berichts-urkunde besitzen.	59
b)	Grundsätzliche Verwertbarkeit von Aufnahmen, die zur Gruppe der Dispositivurkunden zählen.	59
III.	Voraussetzungen für die Verwendung privater Tonbandaufnahmen im Urkundenbeweis.	60
1)	Echtheit der Aufnahme.	60
2)	Unverfälschtheit der Aufnahme.	61
IV.	Notwendigkeit kritischen Verhaltens gegenüber privaten Tonbandaufnahmen.	61
 <u>Vierter Abschnitt:</u> Die Grenzen der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken im Strafprozeß.		
§ 1	Die Verwendbarkeit rechtmäßig zustandegekommener Tonbandaufnahmen.	63
I.	Die Zulässigkeit der Tonbandaufnahme	63
1)	bei ausdrücklicher Einwilligung,	63
2)	bei stillschweigender Einwilligung.	64
a) bis c)	Fälle stillschweigender Einwilligung.	64
3)	Eine stillschweigende Einwilligung kann nicht unterstellt werden	65

a) bei geschäftlichen Gesprächen,	65
b) bei behördlichen Vernehmungen,	66
c) bei Privatgesprächen.	67
II. Die Verwertbarkeit der mit Zustimmung hergestellten Tonbandaufnahmen.	68
III. Ergebnis; Ausblick auf das Problem der heimlichen Tonbandaufnahme.	69
§ 2 Die heimliche Tonbandaufnahme.	70
A. Die heimliche Tonbandaufnahme im Ermittlungsverfahren.	70
I. Die heimliche Aufnahme während der Vernehmung als Verstoß gegen § 136a StPO.	71
1) In der heimlichen Aufnahme liegt ein Verstoß gegen § 136a StPO	72
a) wenn das Unterbleiben der Aufnahme ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert worden ist;	72
b) beim Fehlen positiver Täuschungshandlungen	72
aa) wenn in der heimlichen Aufnahme eine Täuschung liegt und	73
bb) die Täuschung auf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Getäuschten von Einfluß ist.	75
2) Ergebnis.	76
II. Die heimliche Aufnahme außerhalb förmlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren.	76
1) Unzulässigkeit der Bespitzelung von Beweispersonen.	76
2) Unzulässigkeit von Hörfallen mit Hilfe von Tonbandgeräten.	77
B. Die durch § 136a StPO nicht erfaßbaren heimlichen Aufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren sowie alle außerhalb des Ermittlungsverfahrens veranstalteten heimlichen Aufnahmen.	79
I. Grundrechtswidrigkeit der heimlichen Aufnahme.	79
1) Die generelle Verwendung von Tonbandgeräten beeinträchtigt das Recht der Menschenwürde.	80
2) Die heimliche Aufnahme verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausgestaltung als	80
a) Recht auf die Privat- und Geheimsphäre;	81
aa) die Geheimsphäre,	82
bb) die Privatsphäre.	83
b) Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.	84
c) Recht an der eigenen Stimme.	84
II. Ergebnis.	86

VI

§ 3	Die Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen in besonderen Fällen.	87
I.	Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; Rechtfertigungsgründe.	87
II.	Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen.	88
	1) Interessenwiderstreit bei heimlichen Tonbandaufnahmen.	88
	2) Das Interesse an der Beweismittelgewinnung.	88
	a) Rechtsprechung zu dieser Frage.	88
	b) Stellungnahme.	89
	aa) Rechtfertigungsmöglichkeit grundsätzlich zu verneinen.	89
	bb) Ausnahmen.	90
	3) Ergebnis.	92
§ 4	Die Verwendbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen im Strafverfahren.	92
I.	Heimliche Aufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren; Beweismittelverbot des § 136a StPO.	92
II.	Sonstige heimliche Aufnahmen.	93
	1) Rechtswidrigkeit der Verwertung als Beweismittelverbot.	93
	2) Umfang des Beweismittelverbots.	94
	3) Rechtfertigungsmöglichkeiten,	95
	a) die Einwilligung,	95
	b) die Wahrnehmung berechtigter Interessen.	97
	Schlußbemerkungen.	99

Schrifttumsverzeichnis

Vorbemerkung:

Werke und Abhandlungen, die mit vollem Titel, Jahreszahl usw. in den Anmerkungen aufgeführt werden, haben in diesem Verzeichnis keine Aufnahme gefunden. Dasselbe gilt für die zitierten Tageszeitungen.

- Aeppli, Heinz: Tonbandaufnahmen von Verhören statt Protokollierung?, Krim. 1954, S. 173 f.
- Alsberg, Max: Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 1930.
- Alsberg-Nüse; Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 2. neubearb. Aufl. von Karl-Heinz Nüse, 1956.
- Ballhause: Hörfallen bei der Brandermittlung, Pol. 1950, S. 150 f.
- Beling, Ernst: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903. Strafrechtliche Abhandlungen, begr. v. H. Bennecke, Heft 46.
- Beling, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafrechtsverfassungsrechts, 1928.
- Bennecke, Hans: Lehrbuch des Reichs-Strafprozeßrechts, 1895.
- Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, 1900.
- Bundestagsdrucksache: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode, 1949 - 1953, Drucksache Nr. 4152.
- Bussmann, Kurt: Anwaltsplädoyer und Funksendung, AnwBl 1957, S. 89 ff.
- Bussmann, Kurt (zit. Verhandlungen I): Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtsmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des Zweihundvierzigsten Deutschen Juristentages, Düsseldorf 1957, hrsg. v. d. ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I, 1. Teil, 1957, S. 1 ff.
- Coing, H.: Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, Tonbandaufnahmen, S. 30 ff.
- Dalcke, A.: Strafrecht und Strafverfahrensrecht, 36. Aufl., 1955, bearb. v. E. Fuhrmann und K. Schäfer.
- Dallinger, Wilhelm: Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. MDR 1956, S. 145 f.
- Dallinger, Wilhelm: Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens. SJZ 1950, Sp. 732 ff.
- Erbs, Georg: Handkommentar zur Strafprozeßordnung, 1950.
- Erbs, Georg: Unzulässige Vernehmungsmethoden. (Probleme des § 136a StPO.) NJW 1951, S. 386 ff.
- Feldmann: Das Tonband als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 1958, 1166 ff.
- Fischer, Maria: Kann eine Tonbandaufnahme ein Werk im Sinne des LitUrHG darstellen? NJW 1957, S. 1018.
- Freund, M.: Öffentlichkeit und Geheimnis. Tonbandaufnahmen, S. 12 ff.
- Gerland, Heinrich: Der Deutsche Strafprozeß. Eine systematische Darstellung, 1927.

- Gerstenberg, Ekkehard: Löschen von Tonbändern als neuer strafrechtlicher Tatbestand, NJW 1956, S. 540.
- Geyer, A.: Der Beweis im Strafprozeß. Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, hrsg. v. Fr. v. Holtzendorff, 1. Band, 1879, S. 185 ff.
- Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses, 1. Band, 1883.
- Greulich, H.: Aufnahme geschäftlicher Verhandlungen auf Tonband. BB. 1953, S. 818 f.
- Groth, Gerhard: Die rechtliche Frage der Verwendung mechanischer Protokolle im Strafprozeß. KrimMon. 1936, S. 197 ff.
- Groth, Gerhard (zit. Der Urkundenbeweis): Der Urkundenbeweis im Strafprozeß, 1937.
- Händel, Konrad: Die Aufnahme von Vernehmungen auf Tonband. PolBl. 1957, S. 122.
- Haensel, Carl: Leistungsschutz oder Normalvertrag, 1954. Wissenschaftliche Schriftenreihe für Rundfunk und Fernsehen.
- Hahn, C.: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. 2. Aufl., 1. Abt., 1885, 2. Abt. 1886.
- Hartung, Fritz: Zur Frage der Revisibilität der Beweiswürdigung. SJZ 1948, Sp. 579 ff.
- Haslund, A.: Tonband im Dienst der Aufklärung von Sexualverbrechen. Krim. 1954, S. 269.
- Hegler, August: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß. Der Rechtsgang, 1916, Band 2, S. 267 ff.
- Heimerich, Hermann: Der Mißbrauch von Tonbandaufnahmen, BB. 1956, S. 249 ff.
- Hellwig, Albert: Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, 4. Aufl. 1951.
- Hellwig, Albert: Seelische Hemmungen bei Verwendung des mechanischen Protokolls. KrimMon. 1935, S. 145 ff.
- Henkel, Heinrich: Strafverfahren. Ein Lehrbuch. 1953.
- Henkel, Heinrich: Die Zulässigkeit und die Verwendbarkeit des Tonbandes bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. Tonbandaufnahmen, S. 45 ff.
- Henkel, Heinrich: Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. JZ 1957, S. 148 ff.
- Henkel, Heinrich (zit. Verhandlungen II): Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion. Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des Zweilundvierzigsten Deutschen Juristentages in Düsseldorf, 1957, hrsg. v. d. ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Teil D, Erste Abteilung, Sitzung vom 13. und 14. September 1957, S. D 63 ff.
- v. Hippel, Robert: Der deutsche Strafprozeß, 1941.
- Höfler, Adolf: Tonbandaufnahmen von Verhören statt Protokollierung? Krim. 1954, S. 236 f.
- Hubmann, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 1953. Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht. Hrsg. v. O. Bühler, A. Hueck und K. Rauch.
- Hubmann, Heinrich: Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion. JZ 1957, S. 521 ff.
- Kalsbach, Werner: Standesrechtliche Bemerkungen zur Verwendung von Tonaufnahmegeräten. AnwBl. 1956, S. 2 ff.
- Kern, Eduard: Strafverfahren. Ein Studienbuch. 4. Aufl. 1956.

- Klotz, R.: Vier Millionen Arbeitsstunden. Pol. 1954, S. 31 f.
- KMR: Kleinknecht-Müller-Reithberger: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 1954 und 4. Aufl. 1958 (Die 4. Aufl. wird unter Angabe ihres Erscheinungsjahres zitiert).
- Kohler, Josef: Einfluß der Erfindungen auf die Rechtsentwicklung. DJZ 1912, Sp. 25 ff.
- Kohler, Josef: Die Mündlichkeit des Prozeßverfahrens und die automatische Sprechaufnahme. DJZ 1915, Sp. 672 ff.
- Kohlhaas, Max: Tonbandaufnahmen im Strafprozeß. DRiZ 1955, S. 80 ff.
- Kohlhaas, Max: Der Gebrauch von Tonbändern im Strafprozeß. NPolArch., Leitzahl 512, § 136a, Blatt 7 f.
- Kohlhaas, Max: Die Tonbandaufnahme und das Bild im Strafprozeß (1956). RWP-Blattei, 16 Straf-R (D), Strafprozeßordnung, II, 3, 282, 69 ff.
- Kohlhaas, Max: Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozeß. NJW 1957, S. 81 ff.
- Kohlrausch, Eduard: Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 21. Aufl., 1927.
- v. Kries, August: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
- Larenz, Karl (zit. Verhandlungen II): Referat zum Thema: Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Verhandlungen des Zweihundvierzigsten Deutschen Juristentages, Düsseldorf, 1957, hrsg. v. d. ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, Teil D, 1. Abteilung, Sitzung vom 13. und 14. September 1957, S. D 25 ff.
- Laux, Eberhard: Zum Begriff der Täuschung in § 136a Abs. 1 StPO. SchlHA 1951, S. 39 f.
- Leiber, Rudolf: Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen. PolPrax. 1957, S. 25 ff.
- Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl., 1. bis 3. und 5. Lieferung, 1953 ff.
- Lutz, Johannes: Das Tonband als Beweismittel im Mietprozeß. Bl.f. GBWR 1957, S. 73.
- v. Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., 1957.
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch. 6. Aufl., 1957.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 2. Aufl., 1956.
- Meinert, F.: Vernehmungstechnik, 4. Aufl., 1956.
- Melzner, Walter: "Tonspiegel" für Richter. DRiZ 1957, S. 62.
- Merkel, R.: Ist rechtswidriges Löschen von Tonbändern Sachbeschädigung? NJW 1957, S. 778.
- Nawiasky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Systematische Darstellung und kritische Würdigung, 1950.
- Neumann-Duesberg, H.: Das gesprochene Wort im Urheber- und Persönlichkeitsrecht, 1949.
- Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. 2. Band, 1954.
- Niese, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, 1950.

- Niese, Werner: Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung (1951), ZStW 63, 199 ff.
- Niese, Werner: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1953, 595 ff.
- Nipperdey, H.C. (zit. Verhandlungen II): Referat zum Thema: Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Verhandlungen des Zweihundvierzigsten Deutschen Juristentages, Düsseldorf, 1957, hrsg. v. d. ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II, Sitzungsberichte, Teil D, 1. Abteilung, Sitzung vom 13. und 14. September 1957, S. D 1 ff.
- Peters, Karl: Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 1952.
- Pleyer, Klemens: Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozeß. ZJP Bd. 69, S. 321 ff.
- Rasehorn, Theo: Zulässigkeit von Diktiergeräten zur Protokollierung bei Beweisaufnahmen? NJW 1954, S. 61.
- Rassow, Walter: Sitzungsprotokoll und Tonband. NJW 1958, S. 653, ff.
- v. Rechenberg, D.: Unzulässige Vernehmungsmethoden. Krim. 1954, S. 79 ff.
- Roeber, Georg und Werhahn, Jürgen, W.: Das Tonband und seine Stellung im Recht. 1957. Schriftenreihe der UPITA. Archiv für die Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht. Hrsg. v. G. Roeber, München.
- Röhl, Hellmut: Hauptverhandlungsprotokoll auf Tonband? JZ 1956, S. 591 ff
- Röhl, Hellmut: Tonbandaufnahmen - Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat. JZ 1957, S. 67 ff.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., 1956.
- Roskosch, Heinz: Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Mithörens von Telefongesprächen oder ihrer Aufnahmen auf Tonband. Der Betrieb 1956, S. 470 f.
- Sarstedt, Werner: Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal. JR 1956, S. 121 ff.
- Sarstedt, Werner: Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal. Tonbandaufnahmen, S. 57 ff.
- Schmidt, Eberhard (zit. LK I bzw. LK II): Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts 1952. Teil II: Erläuterungen, 1. bis 4. Lieferung, 1952 ff.
- Schmidt, Eberhard (zit. Gedächtnisschrift): Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafprozeß. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtsstaat und Technik. Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. 1955, S. 625 ff.
- Schmidt, Eberhard : Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren. JZ 1956, 206 ff.
- Schmidt, Eberhard : Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts. ZStW 65, 161 ff.
- Schneidewin: Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung. JR 1951, 481 ff.
- Schober, Andreas: Kann Tonband Verhörsniederschrift ersetzen? Krim. 1954, S. 289 f.
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch. Kommentar. 7. Aufl., 1954.
- Schönke-Schröder-Niese: Zivilprozeßrecht. 8. Aufl., 1956.
- Schreiter: Nochmals: Tonbandaufnahmen. AnwBl. 1956, S. 128 ff.
- Schultze, A.S.: Zur Lehre vom Urkundenbeweis. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift), 1895, Bd. 22, S. 70 ff.

- Schulz, Georg: Die Verwendung von Tonaufnahmegeräten. PolPrax. 1954, S. 113 ff.
- Schwarz, Otto: Strafprozeßordnung. Kommentar. 19. Aufl., 1956.
- Scupin, Hans Ulrich: Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im polizeilichen Ermittlungsverfahren. DÖV 1957, S. 548 ff.
- Sendler, Horst: Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts. Jur. Diss. Berlin 1956.
- Siebert, Karl (zit. Der Mißbrauch): Der Mißbrauch von Schallaufnahmegeräten im geltenden Recht, 1953.
- Siebert, Karl: Die außergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozeß. NJW 1957, S. 689 ff.
- Siebert, Karl: Die Grenzen rechtmäßiger Tonbandaufnahmen im Strafprozeß. DRiZ 1957, S. 101 ff.
- Siebert, Karl: Verwertung rechtmäßiger Tonbandaufnahmen im Strafprozeß. GA 1957, S. 265 ff.
- Siebert, Karl: Besondere Persönlichkeitsrechte als Schutz gegen ungewollte Ton- und Bildaufnahmen. Der Betrieb, 1958, S. 419 ff.
- Spengler, Albert: Wettbewerb, Recht und Schranken. Ein Leitfaden für die Praxis, 1957. Rechts- und Wirtschaftspraxis, 4 WiR (D), Wettbewerb I, Sonderlieferung II, 7, hrsg. im Forkel-Verlag, Stuttgart.
- Stahl, Günther: Die Protokollverlesung in der Hauptverhandlung nach §§ 253, 254 StPO. Jur. Diss. Heidelberg 1958.
- SÜB, Theodor: Geheimnisse und moderne Technik. Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, Bd. 1, S. 189 ff.
- Tonbandaufnahmen: Tonbandaufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat. Bericht über eine Arbeitstagung am 16./17. November 1956 in Weinheim a.d.B. Hrsg. vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Mannheim, 1957.
- Ullmann, Emanuel: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1893.
- Ulmer, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, 1951
- Wach, Adolf: Das Beweissystem. Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 1879, S. 148 ff.
- Werhahn, Jürgen W.: Um die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen. Rechts- und Wirtschaftspraxis, 16 Straf-R (D), Strafprozeßordnung II, 3a, 307, 71 ff.
- Werhahn, Jürgen W.: Siehe oben: Roeder, Georg und Werhahn, Jürgen W.
- Wernicke, Kurt Georg: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), 1950.
- Wetzell, Wilhelm: System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl. 1878.

Abkürzungsverzeichnis

AnwBl	Anwaltsblatt
BayObLGst	Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge, 1949 ff.
BB	Betriebsberater
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, die keine Aufnahme in die amtliche Sammlung gefunden haben, werden mit Datum und Aktenzeichen zitiert).
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
Bl.f.GBWR	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
GA	Goldtdammers Archiv für Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KMR	Siehe Schrifttumsverzeichnis
Krim	Kriminalistik. Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis.
KrimMon	Kriminalistische Monatshefte. Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KUG	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPolArch	Neues Polizeiarchiv (Loseblatt-Ausgabe).
Pol	Die Polizei. Fachschrift für das Sicherheits- und Ordnungswesen
PolBl	Das Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg
PolPrax	Polizeipraxis. Fachzeitschrift für das Sicherheits- und Ordnungswesen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RWP-Blattei	Rechts- und Wirtschaftspraxis (Forkel-Verlag Stuttgart)
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Einleitung

Die rasch fortschreitende Entwicklung der Technik eröffnet durch ihre zahlreichen Erfindungen den Menschen ständig neue Möglichkeiten und Aspekte in sämtlichen Lebensbereichen. Eine der Aufgaben des Rechtswissenschaftlers besteht nun darin, die sich aus dem Fortschritt ergebenden Veränderungen der menschlichen Daseinsformen mit ihren gegebenenfalls wirtschaftlichen, soziologischen und ideologischen Auswirkungen rechtlich einzufangen und in geregelte Bahnen zu lenken, um zu verhüten, daß aus den mit jeder technischen Neuheit verbundenen negativen Seiten dem Einzelnen oder der Allgemeinheit irgendwelche Nachteile entstehen.

Die Notwendigkeit, die im Zuge des technischen Fortschritts geschaffenen Gegebenheiten rechtlich zu erfassen, zeigt sich besonders deutlich bei dem seit einigen Jahren im Handel befindlichen Tonbandgerät¹⁾. Es handelt sich bei diesem um ein technisch weitgehend vervollkommenes Schallaufnahmegerät, welches die Fixierung akustischer Erscheinungen auf elektromagnetischem Wege unter Benutzung eines Mikrophons ermöglicht. Die in den letzten Jahren bekannt gewordenen Fälle heimlichen Abhausehens privater Gespräche mittels versteckt eingebauter oder aufgestellter Mikrophone verdeutlichen die ernst zu nehmende Gefahr, die der Persönlichkeit des Menschen durch die Möglichkeit der heimlichen Tonaufnahme droht²⁾. Um schwere Schäden für die menschliche Individualität zu verhindern, muß diesem "in vollem Gange befindlichen Generalangriff der Technik" auf die menschliche Privat- und Geheimsphäre, der sich aller Wahrscheinlichkeit nach im Hinblick auf die in Zukunft von der Technik noch zu erwartenden dem Abhörgerät ähnlichen Apparate noch verschärfen wird, rechtzeitig "ein juristischer Damm vorgeschoben werden"³⁾. Dem Bedürfnis des Staatsbürgers nach Schutz vor heimlicher Überwachung durch Tonaufnahmegeräte entsprechend, hatte die CDU/CSU-Fraktion im Bundestag bereits im Jahre 1953 die Aufnahme folgender Strafbestimmung (§ 299a StGB) beantragt, die allerdings noch nicht Gesetz geworden ist: "Wer das gesprochene Wort eines anderen ohne dessen Zustimmung durch ein Sprechwiedergabegerät aufnimmt oder eine ohne solche Zustimmung hergestellte Aufnahme gebraucht, wird mit Gefängnis bestraft. Die Zustimmung ist nicht erforderlich bei der Aufnahme von Vorgängen in einer öffentlichen Versammlung"⁴⁾.

1) Was in dieser Darstellung hinsichtlich des Tonbandgerätes ausgeführt wird, gilt gleichermaßen für alle anderen modernen Schallaufnahmegeräte, ganz gleich, ob diese mit Tonbändern, Tondrähten oder mit Magnettonplatten als Tonträgern arbeiten.

2) Vgl. Kohler, DJZ 1915, Sp. 672 ff. (675); Siegert, Der Mißbrauch, S. 64/65; Kohlhaas, DRiZ 1955, 80 ff. (82, 1.Sp. (Ic), 84, 2.Sp.); Süß, S. 189 ff.; Freund, Tonaufnahmen, S. 28; Heimerich, BB 1956, 249 ff. (251 f.); Sandler, S. 94 ff.

3) Süß S. 190.

4) Bundestagsdrucksache (1. Wahlperiode) Nr. 4152.

Die Fixierung akustischer Erscheinungen ist nicht erst mit der Erfindung des Tonbandgerätes möglich geworden, sondern ist bereits längere Zeit bekannt⁵⁾. Schon vor dem ersten Weltkrieg hat man sich in der Rechtslehre mit den verschiedensten Fragen beschäftigt, die sich aus der Verwendung von Schallaufnahmegeräten für das Rechtsleben ergeben⁶⁾. Wegen der Kompliziertheit und Kostspieligkeit von Schallaufnahmen, die begreiflicherweise einer größeren Verbreitung von Aufnahmegeräten hemmend im Wege standen, hat man im Bereich des Strafprozeßrechts anscheinend den mit der Herstellung und Verwendung von Schallaufnahmen verbundenen Problemen speziell strafprozessualer sowie allgemeinrechtlicher Art keine Bedeutung beigemessen. Seit der Erfindung des Tonbandgerätes ist in dieser Hinsicht jedoch eine beachtliche Wendung eingetreten. Die Durchführung von Tonbandaufnahmen bietet keinerlei technische Schwierigkeiten mehr, so daß jedermann Gespräche sowie sonstige akustische Vorgänge und Erscheinungen aufzunehmen und diese wiederzugeben in der Lage ist. Da die Geräte leicht transportabel sind, können sie auch überallhin mitgenommen werden⁷⁾. Ihrer Praktikabilität zufolge haben die Tonbandgeräte in kürzester Zeit weite Verbreitung gefunden. Besonders in wirtschaftlichen Betrieben werden sie mit Vorliebe zu Diktatzwecken verwendet. Aber auch bei Behörden⁸⁾ und Privatpersonen findet man Tonbandgeräte vielfach vor.

Die Tonbandproblematik erschöpft sich jedoch keineswegs in der oben angedeuteten Mißbrauchsfrage⁹⁾, sondern umfaßt vor allen Dingen auch die Frage der praktischen Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im Dienste der staatlichen Strafrechtspflege im Rahmen des rechtlich Zulässigen. In der Tat bietet die Tätigkeit der Polizei- und der Justizbehörden für die Verwendung von Tonbandgeräten weiten Raum. Einerseits erweist sich das Tonband als ein praktisches Fixierungsmittel zur Aufzeichnung von Vernehmungen im Ermitt-

5) Im Jahre 1877 ist es Thomas Edison erstmals gelungen, Schallwellen auf mechanischem Wege auf einer Wachswalze festzuhalten mit der Möglichkeit, die Schallwellen wieder hörbar zu machen.

6) Vgl. Ullmann, S. 390, Anm. 5; Bennecke-Beling, S. 340; v. Kries, S. 413; Hegler, Der Rechtsgang, Bd. 2, S. 279, Anm. 8; Schultze, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 22, S. 137; KG Berlin, Urteil v. 10. Januar 1914 in JW 1924, 912; Kohler DJZ 1912, Sp. 25 ff. (29) ders. DJZ 1915, Sp. 672 ff. (675). - Besonders einschneidend wirkte sich die Erfindung des Phonographen auf das Urheberrecht aus, da durch die Möglichkeit der Tonaufnahme eine völlig neue Vielfältigungsmethode geschaffen war, vgl. hierzu das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. Juni 1901.

7) Über nähere technische Einzelheiten unterrichten Siegert a.a.O. S. 16 ff.; ferner Schulz, PolizeiPrax 1954, 113; soweit erforderlich wird auf die technische Seite der Tonbandaufnahme im Zusammenhang mit der Darstellung eingegangen werden.

8) Vgl. hierzu Höfler, Krim. 1954, 236 f. (236); Aeppli, ebenda, 1954, 173 ff. (173); Schulz a.a.O. S. 113; Melzner, DRiZ 1957, 62; Meinert, S. 246 f.

9) Dazu näher unten S. 70 ff.

lungsverfahren¹⁰⁾ sowie der Ergebnisse gerichtlicher Beweisaufnahmen¹¹⁾, andererseits kommt es auch als **Beweismittel** bei gerichtlichen Verfahren in Betracht, wenn es nämlich ein - sei es amtlicherseits¹²⁾ oder durch eine Privatperson aufgenommenes - beweisrelevantes Gespräch oder einen sonstigen akustischen Vorgang beinhaltet. Ob die von Behörden oder Privatpersonen gefertigten Tonbandaufnahmen als Beweismittel im Sinne der Strafprozeßordnung infrage kommen und unter welchen Voraussetzungen solche Aufnahmen gegebenenfalls im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahmen verwendet werden dürfen, bildet den Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen. Die Untersuchungen gehen dabei vom geltenden Recht aus. Sie stellen den Versuch dar, die Tonbandaufnahme, an die der Gesetzgeber bei der Schaffung der Strafprozeßordnung nicht

10) Vgl. etwa Höfler a.a.O.: Aeppli a.a.O.; siehe ferner unten S. 37 ff.

11) Vgl. zu diesem hier nicht zur Erörterung stehenden Problembereich die Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages 1955, Bd. 2, 1956 Teil G, zu dem Thema "Das Protokoll im Strafprozeß", ferner Röhl, JZ 1955, 653 f.; ders., Hauptverhandlungsprotokoll auf Tonband?, JZ 1956, 591. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung - sei es zu dienstlichen Zwecken (Ergänzung des schriftlichen Protokolls, Schaffung von Unterlagen für die Urteilsberatung, Vorbereitung von Meineids- oder Beleidigungsanzeigen usw.), sei es aus privatem Interesse (wie insbes. zur Gerichtsberichterstattung durch Presse oder Rundfunk) - sind die Auffassungen geteilt. Für die uneingeschränkte Zulässigkeit haben sich Gerland, ZStW 55, 677, 704 f. und Kohlhaas, Bild- und Tonberichterstattung im Gerichtsverfahren, DRiZ 1956, 2 ff.; ders. RWP-Blattei 16 (D) StPO II, 3, 282/71, 72 ausgesprochen. Melzner, DRiZ 1957, 62 hält Aufnahmen zu innerdienstlichen Zwecken ohne weiteres für statthaft. - Dagegen sind Eb. Schmidt, LK I Nr. 340 ff., ders. Gedächtnisschrift S. 643, ders. JZ 1956, 206 ff. (209 ff.) und Sarstedt, JR 1956, 121 ff. und ihnen folgend der BGH, Urt. v. 8.2.1957, NJW 1957, 881/2 der Ansicht, daß die Herstellung von Tonbandaufnahmen ohne das Einverständnis der betroffenen Verfahrensbeteiligten in jedem Fall unzulässig sei. Ebenso Heimerich, BB 1956, 251, und These 7 der Entscheidung der auf der Weinheimer Arbeitstagung gebildeten Kommission, vgl. Tonbandaufnahmen S. 99, abgedr. in JZ 1957, 68 und NJW 1957, 81 Anm. 10; ferner Bußmann, Anwaltsplädoyer und Funksendung, AnwBl. 1957, S. 89 ff.; früher schon v. Hippel S. 329 Anm. 3 unter Bezugnahme auf Schorn, Bildberichterstattung und Rundfunkübertragung im Strafprozeß, LZ 1932, Sp. 1408 und Kirschbaum, Über die Zulässigkeit von Rundfunkübertragungen aus dem Strafgerichtssaal, Jur. Diss. Bonn 1934; im gleichen Sinne Bertram, Bild- und Tonberichterstattung im Gerichtsverfahren, DRiZ 1956, 127 f.; so neuerdings wohl auch Siegert, DRiZ 1957, 101 ff. im Gegensatz zu früher, vgl. Mißbrauch, S. 67. Auch Henkel, S. 370 Anm. 5 äußert erhebliche Zweifel gegen die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen in der Hauptverhandlung. Einen vermittelnden Standpunkt nehmen das BayObLG in NJW 1956, 390/1 und im Anschluß an dieses Löwe-Rosenberg, GVG § 176, Anm. 2c ein, siehe dazu Eb. Schmidt, JZ 1956, 209 ff.; vgl. ferner die NJW-Glossen in NJW 1956, 93, 291 sowie Nr. 110 Abs. 3 der Richtlinien für das Strafverfahren.

12) Vorwiegend mit dieser Frage befassen sich die Ausführungen Eb. Schmidts, Gedächtnisschrift, S. 625 ff.; Kohlhaas', DRiZ 1955, 80 ff. und Henkels, JZ 1957, 148 ff.

dachte und auch nicht gedacht haben konnte, in das Rechtssystem der Strafprozeßordnung einzugliedern. Wegen der Fremdheit der strafprozessualen Normen gegenüber dem Tonband wird mitunter - soweit vertretbar - mit Hilfe im Strafprozeßrecht zulässiger Analogien¹³⁾ gearbeitet werden müssen, um befremdliche, dieser technischen Neuheit nicht gerecht werdende Ergebnisse zu verhindern. Soweit zur Lösung der Tonbandfragen de lege ferenda Gesetzesänderungen angebracht sind, wird darauf hingewiesen werden.

Die vorliegende Arbeit erörtert die aufgezeigten Problemkreise nur aus der Sicht des S t r a f prozeßrechts. Auf die zivilprozessuale Lehre und Rechtsprechung¹⁴⁾, die sich mit den gleichen aus der Tonbandverwendung sich ergebenden Fragen auseinanderzusetzen haben, wird nur insoweit eingegangen, als daraus Rückschlüsse auf das strafprozessuale Tonbandproblem gezogen werden können. Urheberrechtliche Fragen tauchen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema nicht auf, da die Gespräche des Alltags sowie amtliche Vernehmungen, die als Gegenstand der Tonbandaufnahme in Betracht kommen, in der Regel nicht die Merkmale einer schöpferischen Gestaltung im Sinne des Urheberrechts besitzen.¹⁵⁾ Auch hinsichtlich der Frage des Schutzes der Geheimsphäre, die bei der heimlichen Tonbandaufnahme bedeutsam wird, ergeben sich aus dem Urheberrecht keine Anhaltspunkte, da es sich hierbei um ein allgemeinsrechtliches und nicht um ein urheberrechtliches Problem handelt¹⁶⁾.

13) Siehe hierzu Peters, S. 73/74.

14) Vgl. hierzu die Ausführungen von Pleyer, ZJP 69, 321 ff.

15) Vgl. dazu Ulmer S. 85, ferner Greulich, BB 1955, 818; Fischer, NJW 1957, 1018; Coing, Tonbandaufnahmen S. 34/35.

16) Zutreffend StB, S. 192 ff.

Erster Abschnitt: Die Tonbandaufnahme als strafprozessuales Beweismittel

§ 1 Die Bedeutung der Tonbandaufnahme für die gerichtliche Sachaufklärung

I.

1) Das geltende Strafverfahren wird von der sogenannten Instruktionsmaxime, dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrscht¹⁾. Dieser mit der Offizialmaxime und dem Legalitätsprinzip innerlich verbundene Verfahrensgrundsatz besagt, daß die staatlichen Strafverfolgungsorgane den Sachverhalt strafbarer Handlungen aus eigenem Antrieb zu erforschen haben. Für die Gerichte ergibt sich die Selbstinstruierungspflicht klar und deutlich aus den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO, für die Staatsanwaltschaft und den Untersuchungsrichter ist sie den §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 bzw. §§ 184, 190 StPO zu entnehmen. Während die Staatsanwaltschaft ihre Tatsachenfeststellungen nicht durch eine lückenlose, völlig überzeugende Beweisführung zu erhärten braucht²⁾, weil die Anklage nur als etwas Vorläufiges anzusehen ist und bereits beim Vorliegen dringenden Tatverdachts erhoben werden kann, hat das erkennende Gericht im Hinblick auf die Entscheidung in jedem Falle das Tatgeschehen unter erschöpfender Benutzung aller verfügbaren Beweismittel zu erforschen³⁾. In diesem Sinne schreibt § 244 Abs. 2 StPO dem erkennenden Gericht vor, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Erforschung der Wahrheit von Bedeutung sind. Wenn das Gesetz von "Wahrheits"-Erforschung spricht, so soll damit dem Richter freilich nicht zur Aufgabe gemacht werden, die absolute Wahrheit zu ermitteln⁴⁾. Derartige kann infolge der Unzulänglichkeit der verfügbaren Erkenntnismittel und der von Natur aus beschränkten menschlichen Erkenntnisfähigkeit vom Richter nicht verlangt werden. Das im Hinblick hierauf notwendigerweise zu fordernde Korrektiv für die Wahrheitsermittlungspflicht ergibt sich aus § 261 StPO. Danach hat sich das Gericht kein absolut sicheres Wissen, sondern eine "von Zweifeln nicht mehr getrübe Überzeugung"⁵⁾, also eine nur subjektive Gewißheit von den die angeklagte Tat bildenden Tatsachen zu verschaffen⁶⁾.

2) a) Zur Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Tatsachen gelangt der Richter im Wege des Beweises. Die Methode der Beweiserhebung ist hierbei nicht immer dieselbe, sondern gestaltet sich je nach der Art der zu be-

1) Vgl. hierzu statt vieler ab. Schmidt, LK I Nr. 296 ff.

2) Vgl. etwa Kern, S. 150, (3. Aufl. 1953); Henkel, JZ 1957, 152, 1. Sp.

3) Vgl. dazu RGSt 72, 161 ff. (162).

4) Vgl. RGSt 61, 202 ff. (206); 66, 163 f. (164); BGH in NJW 1951, 83, 122; BGH in GA 1954, 152 f. (152); BGH 10, 208 ff. = NJW 1957, 1039 f.; Eb. Schmidt LK I Nr. 308 f., LK II, § 261 Erl. 11; Löwe-Rosenberg, § 261 Anm. 5 (S. 675); Peters, S. 238; Henkel, S. 404.

5) Eb. Schmidt, LK II Erl. 10 vor §§ 244 ff. In diesem Sinne auch RGSt 66, 164.

6) Eine lediglich "an die Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit", wie RGSt 15,

weisenden Tatsache verschieden. Soweit die Beweisaufnahme sich auf für die Schuld- und Straffrage erhebliche Tatsachen bezieht, hat sie im Wege des sogenannten Strengbeweises, das heißt unter genauer Beachtung der in den §§ 244 ff. StPO zum Ausdruck gekommenen beweisrechtlichen Grundsätze zu erfolgen.⁷⁾ Alle übrigen für das Gericht bedeutsamen Tatsachen, die mit der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat unmittelbar nichts zu tun haben, wie zum Beispiel Tatsachen, von deren Gegebensein die Prozeßvoraussetzungen abhängig sind, oder solche, die für die Entscheidung über Ablehnungsanträge nach den §§ 24, 26 StPO, über den Erlaß eines Strafbefehls gemäß §§ 112 ff., über den Erlaß des Eröffnungsbeschlusses u.s.w. erheblich sind, werden im Wege des sogenannten Freibeweises ermittelt. Dies bedeutet für den Richter eine wesentliche Erleichterung, denn er ist insoweit nicht an die gesetzlich vorgesehenen Beweismittel sowie an die hinsichtlich ihrer Verwendung bestehenden strengen beweisrechtlichen Grundsätze gebunden⁸⁾. Den Gegenstand der vorliegenden Untersuchungen bildet die Frage, ob die Tonbandaufnahme im **S t r e n g b e w e i s**, das heißt als Beweismittel zum Nachweis von Tatsachen verwendet werden kann, die für die Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind.

b) Vom Ergebnis der Beweisaufnahme, welches letztlich auf den Umfang und die Qualität des Beweismaterials zurückzuführen ist, hängt es ab, ob das erkennende Gericht die volle Überzeugung von der Tat und der Schuld des Angeklagten zu erlangen vermag. Die Strafverfolgungsbehörden sind daher gehalten, alle nur erdenklichen mit den rechtsstaatlichen Prinzipien unseres Verfahrensrechts verträglichen Erkenntnisquellen zur Sachaufklärung heranzuziehen, damit die Tat aufgedeckt und der Täter der gerechten Bestrafung zugeführt werden kann. Bei der Ermittlungstätigkeit kommen diesen die Naturwissenschaften und die Technik mit ihren Errungenschaften weitgehend zu Hilfe. Es sei hier nur an die Photographie, die Daktyloskopie, die Verwendung von Röntgenstrahlen, die Durchführung von Blutproben und chemischen Analysen, die Aufzeichnungen technischer Instrumente, wie beispielsweise die des Tachographen und dergleichen mehr erinnert. Diese für die moderne Verbrechensverfolgung bereits unentbehrlich gewordenen wissenschaftlich-technischen Hilfsmittel bilden allerdings meist keine Beweismittel im Sinne der Strafprozeßordnung, die für die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht bestimmt sind. Als Beweismittel kommen von den angeführten Erkenntnisquellen lediglich die photographische Aufnahme, der Finger-

151 ff. (153 f.); 51, 127: 58, 130 ff. (131): 61, 206 u.a. annehmen, reicht jedoch nicht aus; vgl. dazu Eb. Schmidt LK I Nr. 308/9 sowie Hartung, SJZ 1948, Sp. 582.

7) Statt vieler Eb. Schmidt, LK II Erl. 18 ff. vor §§ 244 ff.

8) Vgl. dazu etwa Alsberg-Nüse, S. 461 ff., vgl. auch § 251 Abs. 3 StPO.

abdruck und die Tachographenscheibe in Betracht, während die übrigen lediglich für die Vorbereitung von Sachverständigengutachten Bedeutung besitzen.

c) Der Fortschritt der Technik hat der Strafjustiz jüngst in Gestalt der Tonbandaufnahme ein neues, teilweise mit gewisser Skepsis betrachtetes⁹⁾ Hilfsmittel für die Erfüllung der ihr obliegenden Aufgabe der Verbrechensverfolgung zur Verfügung gestellt. Zwar ist die Erfindung, Schallwellen festzuhalten und wieder hörbar zu machen, schon beinahe ein Jahrhundert alt. Jedoch hat der Gedanke, die Schallaufzeichnung in den Dienst der Verbrechensbekämpfung zu stellen, erst in den letzten Jahrzehnten Praxis und Wissenschaft beschäftigt¹⁰⁾ und hat seit dem Aufkommen des handlichen und unkomplizierten Tonbandgerätes neue Impulse empfangen.

Wie der alte Phonograph auf mechanischem Wege, so ermöglicht das Tonbandgerät durch elektromagnetische Beeinflussung des Tonbandes die exakte Fixierung menschlicher Äußerungen oder sonstiger akustischer Vorgänge, die mit Hilfe desselben Gerätes beliebig oft zum Wiedererklängen gebracht werden können. Diese Eigenschaften lassen die Tonbandaufnahme als nützliches Hilfsmittel für die richterliche Sachaufklärung erscheinen, denn eine genauere und eindrucksvollere Übermittlung eines der Vergangenheit angehörigen **a k u s t i - s c h e n** Vorganges, der für die zur Entscheidung stehende Tat von Bedeutung ist, kann man sich wohl kaum vorstellen. Zutreffend bezeichnet daher der BGH¹¹⁾ die Tonbandaufnahme als ein "taugliches" Erkenntnismittel, das "die Überzeugung eines bestimmten Geschehnisablaufs zu vermitteln" geeignet ist. In der Rechtsprechung der Gerichte¹²⁾, die sich bisher mit Tonbandfragen zu befassen hatten, sowie im Schrifttum¹³⁾ sind bisher keine Zweifel an der **T a u g l i c h k e i t** der Tonbandaufnahme für Zwecke der Wahrheitserfor-

- 9) Wegen der leicht durchführbaren Fälschung des Tonbandes will Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 625 ff., LK II, § 244 Erl. 77 - 81 und JZ 1956, 206 ff. (209, 2. Sp.), dieses wegen der daraus resultierenden Gefahren für ein rechtsstaatliches Strafverfahren zumindest als Protokollierungsmittel aus dem Verfahren ferngehalten wissen.
- 10) Bereits in den Dreißigerjahren wurde die Frage der Verwendbarkeit von Schallaufnahmegeräten für Protokollzwecke verschiedentlich erörtert, vgl. Groth, Der Urkundenbeweis, S. 68 ff.; Hellwig, KrimMon 1935, 145 ff.; Groth, ebenda, 1936, 197 ff.
- 11) BGH 1 StR 405/55 = NJW 1956, 559 = JZ 1956, 227 f. Vgl. dazu auch Dallinger, MDR 1956, 145 f. Ebenso ferner BGH - 3 StR 626/54, Urt. v. 12.1.1956. In der auszugswweisen Veröffentlichung dieser Entscheidung in BGHSt 9, 204 ff. ist der mit der Tonbandfrage sich befassende Teil nicht berücksichtigt worden.
- 12) BGH 1 StR 11/54 = JZ 1956, 227; ArbG Kassel, Urt. v. 31.8.54 in BB 1955, 31; LG Hagen, Urt. v. 22.3.1955 in BB 1955, 489; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.55 in BB 1956, 481; KG, Urt. v. 3.6.1955 in NJW 1956, 26; das LG Wiesbaden, Urt. v. 13.4.1956, ZMR 1957, 53 ff., hebt die Tauglichkeit der Tonbandaufnahme zu Beweis Zwecken ausdrücklich hervor; zust. Lutz, Bl. f. GBWR 1957, 73.
- 13) Die Tauglichkeit - die nicht mit der noch zu erörternden Zuverlässigkeit

sung geäußert worden. Wie sich allerdings noch zeigen wird, ist die Tauglichkeit für die Frage der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen bei gerichtlichen Beweiserhebungen keineswegs allein ausschlaggebend.

II.

Das Gebot der materiellen Wahrheitserforschung, welches dem erkennenden Gericht die Pflicht auferlegt, alle verfügbaren, für die Sachverhaltsaufklärung bedeutsamen Beweismittel heranzuziehen, besagt indessen nicht, daß das erkennende Gericht aus jeder beliebigen Erkenntnisquelle zu schöpfen befugt oder gar verpflichtet sei. Vielmehr werden dem Gericht hinsichtlich der Verwertbarkeit von Erkenntnismitteln durch die beweisrechtlichen Bestimmungen der Strafprozeßordnung Grenzen gesetzt.

1) Zunächst hat das erkennende Gericht Beweiserhebungen mit Hilfe solcher - prozessual an sich zulässiger - Beweismittel zu unterlassen, die kraft ausdrücklich normierter¹⁴⁾ bzw. durch Lehre und Rechtsprechung anerkannte Beweismittelverbote¹⁵⁾ von der Verwertung ausgeschlossen sind. Diese im Anschluß an Beling¹⁶⁾ im Schrifttum¹⁷⁾ vielfach erörterten Beweisverbote hier im Zusammenhang erneut aufzuzählen, erübrigt sich, da im Rahmen der vorliegenden Untersuchungen ohnehin nur ein bestimmter Kreis der strafprozessualen Beweismittelverbote - nämlich die auf den Urkunden- und Augenscheinbeweis bezüglichen - interessieren, auf die an späterer Stelle noch einzugehen sein wird.

2) Obgleich durch die Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich gesagt, dürfen

verwechselt werden darf - wird von den meisten Autoren als selbstverständlich angesehen und daher gar nicht erst erwähnt, vgl. etwa Kohlhaas, DRiZ 1955, 80 ff., ders. RWP-Blattei, 16 Straf-R. (D) StPO II, 3, 282, 69 ff., ders. NJW 1957, 81 ff.; Alsberg-Nüse, S. 270 f.; Siegert, Der Mißbrauch, S. 63 ff.; Heimerich BB 1956, 249 ff.; Auch Eb. Schmidt a.a.O. (oben Anm. 9), bezweifelt die Geeignetheit der Tonbandaufnahmen zum Nachweisweis rechtlich erheblicher Tatsachen nicht. Vgl. hierzu LK I. Nr. 367, wo er - wenn auch in anderem Zusammenhang - die Schallaufnahme für geeignet ansieht, eine exakte und einwandfreie Tatsachenaufklärung zu verschaffen. Er spricht der Tonbandaufnahme lediglich die Fähigkeit ab, Urkundenbeweis zu erbringen. Ebenso Henkel, JZ 1957, 153; vgl. dazu unten S. 29 ff.

14) Z.B. §§ 136a, 250, 252 StPO.

15) Vgl. etwa §§ 95 Abs. 2 S. 2, 97, ferner die zu § 252 entwickelten Grundsätze, dazu näher Eb. Schmidt, LK I Nr. 371, LK II Erl. 4 ff. zu § 252.

16) Vgl. dessen grundlegende Schrift "Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß".

17) Siehe dazu neuerdings Alsberg-Nüse S. 95 ff., 298 ff.

bei gerichtlichen Beweisaufnahmen zum Nachweis von Tatsachen, die für die Schuld- und Straffrage erheblich sind, andere Erkenntnisquellen als die durch die Strafprozeßordnung vorgesehenen Beweismittel im technischen Sinne nicht verwendet werden. Zu diesen zählen bekanntlich die Aussagen von Beschuldigten¹⁸⁾, Zeugen und Sachverständigen, die Urkunde und das Augenscheinsobjekt. Der Ansicht Dallingers¹⁹⁾, wonach die Tonbandaufnahme ein grundsätzlich zulässiges Beweismittel sein soll, weil "die Strafprozeßordnung keinen geschlossenen Kreis von Beweismitteln kenne"²⁰⁾, kann nicht gefolgt werden. Aus der Existenz der beweisrechtlichen Vorschriften der Strafprozeßordnung ergibt sich eindeutig, daß die Methode der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, sondern "auf justizförmigem Wege", das heißt unter Benutzung der durch die Strafprozeßordnung ausdrücklich zugelassenen Beweismittel bei genauer Beachtung der hierfür vorgeschriebenen Formen zu geschehen hat²¹⁾.

3a) Daraus folgt, daß die generelle Tauglichkeit einer Erkenntnisquelle für die Wahrheitserforschung nicht ausschlaggebend dafür sein kann, ob diese als Beweismittel im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahmen verwertet werden darf. Die Auffassung des BGH²²⁾, wonach die "Wiedergabe akustischer Vorgänge ... geeignet" ist, die "Überzeugung eines bestimmten Geschehnisablaufs zu vermitteln" und "daher ein taugliches Beweismittel" (1)²³⁾ darstellt, kann demnach nicht geteilt werden. Aus der Tauglichkeit der Tonbandaufnahme für die Wahrheitsfindung kann unmöglich auf ihre prozessuale Zulässigkeit als Beweismittel geschlossen werden²⁴⁾. Die Begriffe "Tauglichkeit" und "Zulässigkeit" besitzen beweisrechtlich betrachtet keineswegs dieselbe Bedeutung. Sie dürfen daher auch nicht miteinander vermengt werden, wie dies in der Entscheidung des BGH geschehen ist²⁵⁾. Die Tauglichkeit kann allenfalls als zusätzliche Voraussetzung für die Verwertbarkeit eines prozessual an sich schon zulässigen Beweismittels angesehen werden, wie sich arg. e contr. aus § 244 Abs. 3 StPO ergibt. Sie vermag aber nicht jeder beliebigen Erkenntnisquelle Beweismittelqualität zu verleihen.

18) Wenn auch die Vernehmung des Beschuldigten zur Sache vor dem Eintritt in die Beweisaufnahme erfolgt (§§ 243, 244 Abs.1), so ist gleichwohl seine Aussage als Beweismittel anzusehen, vgl. etwa Gerland, S. 135; Peters, S. 160 f., 236; Eb. Schmidt, LK II, Erl. 8 vor §§ 244 ff.

19) MDR 1956, 146.

20) So die Entscheidung RGSt 36, 55 (56), mit der sich Eb. Schmidt, LK II, Erl. 21 zu § 86 eingehend in ablehnendem Sinne befaßt. Wie hier ausdrücklich auch Gerland, S. 195; Kohlhaas, NJW 1957, 83, 1. Sp.

21) Zutreffend Eb. Schmidt, LK I, Nr. 371, LK II, Vorb. 4 vor §§ 244 ff., ders. JZ 1956, 207 Anm.16, vgl. dazu auch dessen Ausführungen in ZStW 65, 161 ff. (166 ff.); im gleichen Sinne Niese, ZStW 63, 214; Kohlhaas, NJW 1957, 83.

22) BGH 4 StR 405/55. 23) Die Sperrungen stammen vom Verfasser.

24) Auch das LG Wiesbaden, ZMR 1957, 54, schließt unter Berufung auf den BGH irrigerweise aus der Tauglichkeit des Tonbandes auf dessen prozessuale Zulässigkeit. Wie der BGH ferner Dallinger, MDR 1956, 145 f.; Spengler, RWP-Blatt 4 (D) Wettbewerb I, S. 168/9.

25) Vgl. hierzu auch Eb. Schmidt, JZ 1956, 208, 1. Sp.

b) Ebensowenig wie sich aus der Beweistauglichkeit einer Erkenntnisquelle die prozessuale Zulässigkeit ergibt, kann umgekehrt aus der im Einzelfall möglichen Unzuverlässigkeit einer als Beweismittel in Betracht kommenden Erkenntnisquelle auf ihre generelle Unzulässigkeit geschlossen werden. Zulässigkeit und Zuverlässigkeit sind streng voneinander zu unterscheidende Begriffe. Die Zuverlässigkeit der Erkenntnisquelle berührt die Frage ihrer prozessualen Zulässigkeit überhaupt nicht, sondern hat lediglich auf deren Beweiswert Einfluß²⁶⁾. Es wäre daher verfehlt, die Tonbandaufnahme als Beweismittel deshalb abzulehnen, weil die Möglichkeit besteht, durch Streichungen, Einblendungen oder ähnliche der Photomontage entsprechende Manipulationen ursprünglich aufgenommene Äußerungen oder sonstige akustische Vorgänge zu verändern. Anderenfalls müßte man konsequenterweise jedem sachlichen Erkenntnismittel die Beweismittelqualität absprechen, da diese nun einmal gegen Fälschungen nicht gefeit sind. Daß die Zuverlässigkeit für die Frage der Beweismittelqualität nicht ausschlaggebend sein kann, läßt sich ferner aus den Vorschriften über den Zeugenbeweis herauslesen, wonach auch tatverdächtige Zeugen, durch eine strafbare Handlung Verletzte oder Kinder, deren Angaben oft unzuverlässig sind, gleichwohl unter Beachtung der Vorschriften der §§ 60 ff. StPO bezüglich der Nichtvereidigung vernommen werden dürfen. Der Einwand, daß Tonbandaufnahmen leicht zu fälschen seien, vermag daher die etwa gegebene Beweismittelleigenschaft des Bandes nicht zu erschüttern²⁷⁾. Allerdings wird das allgemeine Vertrauen zur Tonbandaufnahme durch die leichte Verfälschbarkeit ihres Inhaltes nicht unerheblich geschmälert. Diese Herabminderung der Zuverlässigkeit führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit schlechthin, sondern bewirkt lediglich, daß der erkennende Richter, der sich zur Sachaufklärung eines Tonbandes bedient, dessen Zuverlässigkeit im Rahmen der Beweiswürdigung besonders eingehend zu prüfen hat. Ob die Tonbandaufnahme - wie Eb. Schmidt²⁸⁾ und Henkel²⁹⁾ annehmen - wegen der aus der Fälschungsmöglichkeit resultierenden Unsicherheit hinsichtlich der Herkunft der gesprochenen Worte und der Unverändertheit ihrer Reihenfolge der generellen Beweiskraft entbehrt und daher den an eine Urkunde zu stellenden Anforderungen nicht genügt, wird noch zu untersuchen sein³⁰⁾.

c) Die vorangehenden Überlegungen zeigen, daß weder die Zulässigkeit des Ton-

26) Ebenso Alsberg-Nüse, S. 270 Anm. 4c; Dallinger MDR 1956, 146; Kohlhaas, NJW 1957, 82/83; Spengler, S. 168; Siegert, DRiZ 1957, 102, ders. NJW 1957, 691; BGHSt 4 StR 405/55 - A.A. Eb. Schmidt, JZ 1956, 209, 2. Sp. und Henkel, JZ 1957, 153. 1. Sp. bezüglich der Verwendung von Tonbandaufnahmen im Urkundenbeweis.

27) Zutreffend Kohlhaas, NJW 1957, 82, 2. Sp.; Siegert, GA 1957, S. 266; ders. DRiZ 1957, 102. 1. Sp.; Scupin, DÖV 1957, 551, 1. Sp.

28) LK II, § 244 Erl. 78 a.E.; Gedächtnisschrift, S. 631; JZ 1956, 207, 1. Sp.

29) JZ 1957, 153.

30) Vgl. unten S. 29 ff.

bandes als Beweismittel aus der Beweistauglichkeit, noch die Unzulässigkeit aus der im Einzelfall möglichen Unzuverlässigkeit des Bandes hergeleitet werden kann. Für die Zulässigkeitsfrage ist vielmehr allein entscheidend, ob die Tonbandaufnahme einer der von der Strafprozeßordnung zugelassenen Arten von Beweismitteln zugeordnet werden kann. Es ist also festzustellen, ob sie die Wesensmerkmale irgendeines strafprozessualen Beweismittels besitzt. Auf die Notwendigkeit dieser im Hinblick auf diese neuartige Erkenntnisquelle in erster Linie vorzunehmende Prüfung hat Eb. Schmidt erstmals mit Nachdruck hingewiesen³¹⁾. Mit Recht rügt er, daß der BGH in seinen obengenannten Erkenntnissen³²⁾ es unterlassen hat, diese Grundfrage zu klären. Der kurze Hinweis des BGH darauf, daß Tonbandaufnahmen - ebenso wie nach RGSt 65, 304 ff. Lichtbilder - als zulässige Beweismittel anzusprechen seien, womit er die Einreihung der Tonbandaufnahme in den Kreis der Augenscheinsobjekte gemeint haben könnte, wird diesem grundsätzlichen Problem der Beweismittelqualität der Tonbandaufnahme keinesfalls gerecht. Es liegt nahe, anzunehmen, daß der BGH in seinen beiden in die amtliche Sammlung nicht aufgenommenen Entscheidungen es absichtlich vermieden hat, zu dem offenbar noch nicht voll ausgereiften Problem eine grundsätzliche Stellung einzunehmen, um die Diskussion um die Frage der Beweismittelqualität nicht durch eine vorschnelle Entscheidung erstarren zu lassen.

Ebensowenig wie der BGH haben das ArbG Kassel, das LG Hagen, das OLG Düsseldorf und das KG Berlin in ihren bereits zitierten Entscheidungen³³⁾ sich der Prüfung dieser Frage unterzogen, wie auch mehrere Veröffentlichungen zum Problem der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen jede Stellungnahme in diesem Punkte vermissen lassen³⁴⁾. Auch die Arbeitstagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. in Weinheim hat, abgesehen von den Referaten Henkels³⁵⁾ und Coings³⁶⁾, dieser für die Praxis wichtigen Frage keine wesentliche Beachtung gezollt³⁷⁾. Den Schwerpunkt der Diskussion der Arbeitstagung bildete die prozessual erst in zweiter Linie interessierende Frage der Grenzen der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen in der Hauptverhandlung.

31) JZ 1956, S. 206, 208.

32) BGH 1 StR 11/54 u. 4 StR 405/55 = JZ 1956, 227 f.

33) Siehe S. 7 Anm. 12.

34) Vgl. etwa Schulz, PolPrax. 1954, 113 ff.; Höfler, Krim. 1954, 236 f.;

Schober, ebenda, 1954, 289 f.

35) Tonbandaufnahmen S. 45 ff.

36) Tonbandaufnahmen S. 30 ff.

37) Tonbandaufnahmen, passim, insbesondere S. 71 ff.

§ 2 Das ältere und jüngere Schrifttum zur Frage der Beweismittelqualität von Schallaufnahmen

I.

Unsere Strafprozeßordnung kennt personale und sachliche Beweismittel. Im ersten Fall ist Beweismittel der Mensch, der entweder als Angeklagter, als Zeuge oder als Sachverständiger dem erkennenden Gericht seine Wahrnehmungen über rechtlich erhebliche Tatsachen bekundet. Sachliche Beweismittel sind demgegenüber alle Gegenstände der Erscheinungswelt. Auch der Mensch gehört zu diesen, wenn er nicht durch seine Aussage, sondern auf andere Art, z.B. als Objekt der Betrachtung, dem Tatsachenbeweis dient³⁸⁾. Bei ihnen wird zwischen Urkunden und Augenscheinobjekten unterschieden.

1) Im älteren wie im jüngeren Schrifttum³⁹⁾ wird, soweit ersichtlich, nirgends die Ansicht geäußert, daß die Vorführung beweiserheblicher, auf Tonband fixierter, menschlicher Gedankenäußerungen dem Personalbeweis zuzuordnen sei. Offenbar erachtet es die Mehrzahl der Autoren als selbstverständlich, daß eine reproduzierte Erklärung mit der Aussage persönlicher Beweismittel vor Gericht beweisrechtlich nicht auf eine Stufe gestellt werden kann.

Sicherlich läßt sich die Reproduktion einer aus dem Alltagsleben stammenden Äußerung mit der Aussage in einer gerichtlichen Beweisaufnahme nicht vergleichen. Jene ist von der Aussage vor Gericht völlig wesensverschieden, denn sie ist keine Erklärung, die mit dem Bewußtsein ihrer Beweisbedeutsamkeit gegenüber einer Behörde zu Beweiszwecken abgegeben worden ist⁴⁰⁾.

Bei Äußerungen, die im Ermittlungsverfahren gegenüber einem vernehmenden Beamten erfolgen, kann allerdings nicht geleugnet werden, daß sie den Charakter von Aussagen im beweisrechtlichen Sinn besitzen. Aber auch ihre Reproduktion in der Hauptverhandlung kann nicht mit der unmittelbaren Aussage der betreffenden Beweisperson vor dem erkennenden Gericht gleichgestellt werden⁴¹⁾. Zwar ist die Tonbandaufnahme in gewisser Hinsicht mehr⁴²⁾ als eine bloße schriftliche Fixierung früherer Erklärungen, deren Verwertbarkeit nach § 250 StPO

38) Vgl. etwa Bennecke-Beling, S. 335; Peters, S. 236.

39) Unter "älterem" bzw. "jüngerem" Schrifttum sind alle diejenigen Veröffentlichungen zu verstehen, die aus der Zeit vor bzw. nach dem Jahre 1945 stammen.

40) Im Ergebnis ebenso Pleyer ZP 69, 322.

41) So ausdrücklich Henkel JZ 1957, 152, 1.Sp.; ebenso Eb. Schmidt JZ 1956, 207.

42) Andererseits aber stellt die Tonbandaufnahme ein minus gegenüber der schriftlichen Aufzeichnung dar. Das Fehlen der Mimik bei Tonaufnahmen kann zu gefährlichen Fehlschlüssen hinsichtlich des Sinnes einer Aussage führen, die bei schriftlichen Fixierungen weniger auftreten können, da die Eindrücke in der Regel ihren Niederschlag in dem vom Vernehmungsbeamten gefertigten und vom Vernommenen genehmigten Protokoll finden.

grundsätzlich untersagt ist, denn die Aufnahme übermittelt dem Gericht neben dem gedanklichen Inhalt der Erklärung auch noch den Klang der Stimme und die Sprechweise der Person, welche die Äußerung getan hat. So betrachtet steht sie also dem mündlichen Vortrag, der "vox viva" näher als der Urkunde, die man zutreffend schon als eine "vox mortua" des Menschen bezeichnet hat⁴³⁾. Doch reicht die reproduzierte Aussage im Hinblick auf ihren Beweiswert an die unmittelbare Aussage nicht heran. Sie ermangelt der optischen Eindrücke, wie beispielsweise Erblassen, Erröten, hilfesuchend Umherschauen, sowie des ganzen Gebärdenspiels überhaupt, die das Gericht im Falle der persönlichen Vernehmung der Beweispersonen zu gewinnen vermag. Ihre Gleichstellung mit der von der Aussageperson unmittelbar vor Gericht gemachten Aussage wäre daher mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, der gerade auf die doppelte Sinneswahrnehmung des Beweismittels durch das erkennende Gericht abstellt, unvereinbar. 44)

Der Unmittelbarkeit in diesem Sinne könnte aber auch nicht etwa durch die Vorführung einer Tonfilmaufnahme bei Gericht genügt werden, denn diese würde lediglich denjenigen unmittelbaren optischen Eindruck verschaffen, den die Aussageperson bei ihrer früheren Aussage im Ermittlungsverfahren hinterlassen hat. Mit der Einführung des Unmittelbarkeitsprinzips in Verbindung mit dem Mündlichkeitsprinzip sollte aber gerade erreicht werden, daß die erkennenden Richter nicht - wie im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß - bei der Urteilsfindung ausschließlich auf die Überlieferungen früherer Aussagen angewiesen sind⁴⁵⁾. Vielmehr sollten diese durch die Anordnung der *p e r s ö n l i c h e n* Vernehmung der Beweispersonen in der Hauptverhandlung in den Stand gesetzt werden, sich einen unmittelbaren Eindruck von der Aussageperson bei ihrer Aussage zu verschaffen, um daraus auf den Beweiswert der Aussage Schlüsse ziehen zu können.

2) Kann mithin die Tonbandvorführung nicht zu dem Kreis der personalen Beweismittel gerechnet werden, so bleibt weiterhin zu prüfen, ob ihre Eingruppierung in die beiden sachlichen Beweismittelkategorien der Urkunde und des Augenscheinsobjektes möglich ist. Seit dem Aufkommen des Phonographen herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung Streit darüber, ob die Schallaufnahme der einen oder anderen Beweismittelart zuzuordnen ist. Die Entscheidung dieser Frage ist von weittragender Bedeutung, denn sie ist richtungsweisend für die Erörterung sämtlicher weiteren Einzelprobleme, die sich aus der Verwendung des Tonbandes im Strafverfahren ergeben. Soweit ersichtlich, bezieht sich die Kontroverse jedoch lediglich auf diejenige Gruppe von Schallaufnahmen, die ein

43) Vgl. Bennecke-Beling, S. 339; Bennecke, S. 391 Anm. 8.

44) Vgl. Eb. Schmidt, LK I Nr. 340 ff., 365; Gedächtnisschrift S. 629; ferner Henkel JZ 1957, 152; Siegest NJW 1957, 691.

45) Eb. Schmidt, LK I Nr. 348 f.

Gespräch oder eine sonstige sprachlich formulierte Gedankenäußerung enthalten, während am Augenscheinsobjektscharakter solcher Aufnahmen, die sonstige akustische Erscheinungen verkörpern, anscheinend kein Zweifel herrscht. Durch die zunehmende Verwendung von Tonbandgeräten im letzten Jahrzehnt ist dieser alte Meinungsstreit erneut und in verschärfter Form wiederaufgetaucht. Zur Förderung des besseren Verständnisses der nachfolgenden Untersuchungen, die sich mit der Alternative Urkunde oder Augenscheinsobjekt befassen, erscheint es angebracht, anhand eines kurzen Überblickes über den Stand der Meinungen im älteren sowie im gegenwärtigen Schrifttum die Problematik zunächst aufzuzeigen und des näheren zu charakterisieren.

Im älteren sowie bisher auch im jüngeren Schrifttum wurde das Tonbandproblem vorwiegend vom Blickpunkt des Strafprozeßrechts aus untersucht. Wie aber zivilrechtliche Aufsätze und Entscheidungen älteren⁴⁶⁾ und jüngeren⁴⁷⁾ Datums zeigen, besitzt das Problem der Verwendbarkeit von Aufzeichnungen akustischer Vorgänge ebenfalls für das Zivilprozeßrecht grundsätzliche Bedeutung. Auch dort steht die Frage nach der Beweismittelqualität der Schallaufnahme zur Diskussion.

II.

In älteren Lehrbüchern, Entscheidungen und Aufsätzen finden sich hinsichtlich der Frage der Beweismittelqualität von Schallaufnahmen zwei Gruppen von Auffassungen: Die Vertreter der einen Gruppe bejahen die Urkundeneigenschaft von Schallaufnahmen über Gedankenäußerungen und sehen demgemäß den Beweis mit Hilfe solcher Aufnahmen als Urkundenbeweis an, während die andere Gruppe sie lediglich als Augenscheinsobjekte und ihre beweismäßige Verwendung als Augenscheinsbeweis betrachtet wissen will. Die Ansicht, daß Phonogramme und Schallplatten der Beweismittelqualität entbehren und daher als Beweismittel auszuscheiden hätten, wird in der älteren Rechtslehre und Rechtsprechung nirgends vertreten.

1) Die Verfechter derjenigen Auffassung, wonach durch die Reproduktion von Schallaufnahmen kein Urkundenbeweis, sondern nur Augenscheinsbeweis geführt werden kann, berufen sich zur Unterstützung ihrer Meinung auf § 249 StPO. Aus dieser Vorschrift, die als Form des Urkundenbeweises die Verlesung der Urkunde in der Hauptverhandlung verlangt, folgern diese, daß Phonogramme und Schallplatten nicht im Urkundenbeweis verwendet werden können, weil mangels Schriftlichkeit ihre Verlesung ausgeschlossen sei.

46) Vgl. Schultze in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 22, 74 ff., insbes. S. 137; Kohler, DJZ 1915, Sp. 675; KG Urt. v. 10.1.1914, JW 1924, 912.

47) Vgl. Pleyer, ZZP 69, 321 ff.; Siegert, Der Mißbrauch S. 67 f.; ders. NJW 1957, 689 ff.; ArbG Kassel in BB 1955, 31; LG Hagen in BB 1955, 489; KG in NJW 1956, 26 f.

So verneinen Bennecke-Beling⁴⁸⁾ die Urkundenqualität des Phonogramms, weil nach ihrer Auffassung nur ein solcher "Gegenstand, in den ein Mensch durch S c h r i f t z ü g e"⁴⁹⁾ einen Gedankeninhalt hineingelegt hat, als Urkunde im Sinne der Strafprozeßordnung angesehen werden könne. Allerdings empfehlen sie, das Phonogramm "analog" der Urkunde zu behandeln.

Ähnlich wendet Hegler⁵⁰⁾ gegen die Annahme der Urkundeneigenschaft ein, daß das Phonogramm keine "in Schriftzeichen verkörperte Gedankenäußerung" enthalte, wobei er sich jedoch nicht so sehr an dem hieraus resultierenden Mangel der Verlesbarkeit stört, als vielmehr daran, daß die verkörperte Gedankenäußerung nicht "unmittelbar", "durch Einsichtnahme" derselben, dem beweisaufnehmenden Richter zugänglich gemacht werden kann. Gleich dem Kinofilm betrachtet er das Phonogramm als Augenscheinsobjekt, weil dessen Verwendung als Beweismittel in der "sinnfälligen Reproduktion" eines akustisch wahrnehmbaren Herganges der Vergangenheit besteht.

Auch Groth⁵¹⁾ und v. Hippel⁵²⁾ sind der Auffassung, daß Schallaufnahmen wohl geeignete Objekte zur Durchführung eines Augenscheinsbeweises darstellen, aber infolge ihrer mangelnden Verlesbarkeit nicht zu den Urkunden gezählt werden können. Aus demselben Grunde lehnt ferner Alsberg⁵³⁾ die Urkundeneigenschaft des Phonogramms ab.

Im gleichen Sinne beurteilen Schultze⁵⁴⁾ und das Kammergericht Berlin⁵⁵⁾ die Beweismittelqualität des Phonogramms aus der Sicht des Zivilprozeßrechts. So vertritt das Kammergericht die Ansicht, daß die Beweisführung mittels Telegraphons nicht als Urkundenbeweis betrachtet werden könne, da als "Urkunden im Sinne der ZPO nur Schriftstücke" in Frage kämen, daß es aber wohl "Gegenstand der Augenscheinseinnahme" sein könne. In Übereinstimmung damit führt Schultze⁵⁶⁾ aus, "der Beweis mittels Phonographen ist nicht Urkunden-, sondern Augenscheinsbeweis", und zwar nicht Augenscheinseinnahme des in der Vergangenheit stattgehabten akustischen Vorganges, "sondern einer mehr oder weniger zutreffenden künstlichen Reproduktion derselben, welche je nach den Umständen einen Schluß auf die der Vergangenheit angehörigen und schlechterdings nicht mehr wahrnehmbare Tatsache möglich machen kann".

48) Bennecke-Beling, S. 340.

49) Bennecke-Beling a.a.O. verstehen darunter l e s b a r e Zeichen, gleichviel in welcher Sprache oder in welcher Schrift (z.B. Stenographie, Chiffreschrift usw.).

50) Der Rechtsgang, Bd. 2, S. 279, Anm. 8.

51) Der Urkundenbeweis, S. 70/71.

52) Strafprozeß, S. 435, insbesondere Anm. 9.

53) Alsberg, 1. Aufl., S. 200. - A.A. Nüse in der von ihm bearbeiteten 2. Aufl. S. 270, vgl. unten S. 17.

54) Grünhuts Zeitschrift Bd. 22, S. 137.

55) JW 1924, 912.

56) a.a.O.

2) Demgegenüber fehlt es aber auch nicht an Stimmen, die Schallaufzeichnungen von menschlichen Äußerungen als Urkunden und ihre Verwendung zum Nachweis rechtserheblicher Tatsachen als Urkundenbeweis bezeichnen.

Wie bereits erwähnt, verneinen Bennecke-Beling zwar die Urkundeneigenschaft, fordern aber - allerdings ohne nähere Begründung - das Phonogramm wie eine Urkunde zu behandeln, was besagt, daß die Durchführung des Beweises mit Hilfe von Schallaufnahmen nicht nach den Regeln über den Augenscheinsbeweis, sondern nach denen des Urkundenbeweises erfolgen soll.

Für die Anerkennung der Urkundeneigenschaft spricht sich v. Kries aus⁵⁷⁾. Nach dem von ihm vertretenen Urkundenbegriff sind als Urkunden im Sinne der Strafprozeßordnung alle "Gegenstände" anzusprechen, "durch deren gedanklichen Inhalt Beweis geführt wird". Sofern das Phonogramm in diesem Sinne zum Beweis von Tatsachen verwendet wird, ist es seiner Meinung nach Urkunde, wobei er den Mangel der Verlesbarkeit für "juristisch unerheblich" erklärt.

Auch Ullmann⁵⁸⁾ betrachtet das Phonogramm als Urkunde, da die urkundliche Fixierung eines Gedankeninhaltes nicht notwendig durch die herkömmliche schriftliche Aufzeichnung zu erfolgen brauche, sondern auch auf andere Weise geschehen könne.

III.

1) Der Meinungsstreit, der im älteren Schrifttum um die Frage der Einreihung von Schallplatte und Phonogramm in die strafprozessualen Beweismittelkategorien geführt worden ist, hat in jüngster Zeit durch die Erfindung des Tonbandgerätes wieder Aktualität gewonnen. Da die Tonbandaufnahme aus dem Rechtsleben nicht mehr wegzudenken ist, muß bezüglich dieser Frage eine klare, vom Boden der geltenden Strafprozeßordnung aus vertretbare Entscheidung gefunden werden.

Es fällt allerdings auf, daß in neueren Kommentaren und Lehrbüchern zum Strafprozeßrecht - mit Ausnahme des Lehrkommentars von Eberhard Schmidt - das Tonbandproblem entweder überhaupt nicht⁵⁹⁾ oder nur flüchtig⁶⁰⁾ berührt wird. Dies ist jedoch sicherlich nicht etwa darauf zurückzuführen, daß die Verwendbarkeit des Tonbandes im Strafverfahren keine problematische Angelegenheit darstelle⁶¹⁾. Daß die Tonbandfrage sich so einfach nicht lösen läßt, beweist

57) S. 412/13. 58) S. 390 Anm. 5.

59) Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953 (vgl. neuerdings jedoch das von Henkel auf der Weinheimer Tagung gehaltene Referat, Tonbandaufnahmen, S. 45 ff.; ferner JZ 1957, 148 ff.); Peters, Strafprozeß, 1952; Löwe-Rosenberg, 20. Aufl. 1953 ff.; Schwarz bis zur 18. Auflage (1955); Erbs, Handkommentar (1950).

60) Schwarz, 19. Aufl. 1956; KMR, 3. Aufl. 1954, neuerdings jedoch ausführlich in der 4. Aufl. 1958, Vorb. 2 h III vor § 48 u. Vorb. 3 c vor § 72.; Kern, Strafverfahren, 4. Aufl. 1956.

61) So Meinert, S. 249, der die Verwendung von Tonbandaufnahmen im Strafprozeß

die Vielzahl von Veröffentlichungen in der jüngsten Vergangenheit, welche sich mit den zahlreichen Einzelproblemen befassen, die sich aus der Frage der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen für das Strafverfahren ergeben.

Hinsichtlich des Problems der Beweismittelqualität des Tonbandes hat sich eine feste Meinung bis jetzt noch nicht herausgebildet. Höchststrichterliche Entscheidungen sind zu dieser Frage bisher nicht ergangen. Wie bereits erwähnt, hat insbesondere der BGH in der Frage der Beweismittelqualität der Tonbandaufnahme noch keine klare Stellung bezogen. Während die Vorderinstanz⁶²⁾ die Tonbandaufnahme über eine polizeiliche Vernehmung als Protokoll bezeichnet und damit ihre Urkundenqualität bejaht hat, läßt der BGH⁶³⁾ es dahingestellt sein, ob das Tonband im vorliegenden Fall ein Protokoll ist, "da die Aussagen ohne Kenntnis der Angeklagten aufgenommen wurden". Der seit dem Aufkommen der Schallaufnahme bestehende Meinungsstreit dauert mithin auch heute noch an, wobei es, wie im älteren Schrifttum, um die Frage geht, ob Tonbandaufnahmen Urkunden oder Augenscheinsobjekte verkörpern.

2) a) Kohlhaas⁶⁴⁾ vertritt die Ansicht, daß die Tonbandaufnahme die Eigenschaft einer Urkunde im strafprozessualen Sinne durchaus besitze, sofern sie einen Gedankeninhalt zum Ausdruck bringe. Dabei sei es unbeachtlich, "in welcher Form" oder "mit welchen Mitteln"⁶⁵⁾ der Gedanke erkennbar gemacht werde.

Ebenso bejahen Alsberg-Nüse⁶⁶⁾ die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zur Erhebung eines Urkundenbeweises, wenn die Tonbandaufnahme "durch ihren Inhalt" Beweis erbringen soll. Aus der nach § 249 StPO vorgeschriebenen Form der Verlesung ergeben sich ihrer Meinung nach hiergegen keine Bedenken, da die mechanische Wiedergabe der Verlesung "gleichzustellen" sei.

Für die Urkundeneigenschaft von Tonbändern tritt ferner Maurach⁶⁷⁾ ein, der der "Buchstabenschrift" das auf Schallträgern "fixierte gesprochene Wort" gleichstellt.

Auch Dalcke⁶⁸⁾ bejaht den Schriftcharakter solcher akustischen Aufzeichnungen, "welche unmittelbar Worte vorstellen und dadurch Gedanken zum Ausdruck bringen". Damit spricht er sich ebenfalls für die Urkundeneigenschaft der Tonbandaufnahme aus.

für durchaus unproblematisch erachtet. Er meint, daß nur die Tatsache, daß es sich hier um eine technische Neuerung handle, die zeitlich mit dem Bestreben, aus politischen Gründen die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden einzudämmen, zusammenfalle, die Verwendung von Tonbandaufnahmen als ein Problem erscheinen lasse. Offenbar erkennt Meinert die Vielschichtigkeit der Problematik, welche die Verwendung von Tonbandaufnahmen im Bereich der Strafrechtspflege aufwirft.

62) LG Trier, Urt. v. 23.9.1956, (2 Kls 10/53 - II 141/53).

63) 1 StK 11/54.

64) DRiZ 1955, 83: RWP-Blattei 16 (D) Strafprozeßordnung II, 3, 282, 71; NJW 1957, 83.

65) DRiZ 1955, 83. 66) S. 270, 373. 67) S. 415. 68) § 41 Anm. 2 (S. 30), § 23 Anm. 4 u. 5 (S. 483).

b) Im Gegensatz zu diesen Lehrmeinungen verneint die überwiegende Zahl der Autoren, die sich bisher zum Problem der Beweismittelart geäußert haben, die Urkundenqualität des Tonbandes und lehnt somit auch seine Verwendung im Wege des Urkundenbeweises ab. Zur Begründung ihrer Auffassung stützen sie sich, ebenso wie die Vertreter dieser Ansicht aus dem älteren Schrifttum, hauptsächlich auf die Vorschrift des § 249 StPO, die als Form des Urkundenbeweises die Verlesung des Urkundeninhalts in der Hauptverhandlung vorsieht.

Unter Berufung auf § 249 StPO läßt Schwarz⁶⁹⁾ nur "Schriftstücke" als Urkunden im Sinne der Strafprozeßordnung gelten, deren gedanklicher Inhalt "durch Verlesen" festzustellen ist. Die Tonbandaufnahme, die er als "akustische Photographie" bezeichnet, zählt er wie den Filmstreifen und die photographische Aufnahme zu den Augenscheinsobjekten.

Entsprechend führt Eberhard Schmidt⁷⁰⁾ unter Hinweis auf Schultze⁷¹⁾ und das KG⁷²⁾ aus, daß die Tonbandaufnahme lediglich Augenscheinsbeweismittel sein könne, da durch ihr Abspielen lediglich "der verhallte Klang einstmals gesprochener Worte mehr oder minder ähnlich reproduziert" und "nicht die früher gemachte Aussage als solche mit ihrem Gedankeninhalt unmittelbar vor Gericht gebracht" werde. Gegen ihre Anerkennung als Urkunde wendet er außer der mangelnden Verlesbarkeit ein, daß das "Tonband die Herkunftsidentität der erklingenden Worte nicht evident" mache und die Möglichkeit fehle, die Beschaffenheit des Bandes "in allen Beziehungen mit dem Auge zu kontrollieren"⁷³⁾.

Aus dem gleichen Grund lehnt auch Henkel⁷⁴⁾ die Verwendbarkeit der Tonbandaufnahme im Urkundenbeweis ab, verneint aber zugleich - im Gegensatz zu Eb. Schmidt⁷⁵⁾ - die Möglichkeit, den gedanklichen Inhalt des Tonbandes durch Augenscheinseinnahme in den Prozeß einzuführen.

KMR⁷⁶⁾ wiederum erkennen die Tonbandaufnahme in jedem Fall nur als Augenscheinsobjekt an. Nach ihnen ist die Tonbandreproduktion Augenscheinseinnahme "auch soweit es sich um den Nachweis des Inhalts von Erklärungen und Aussagen handelt".

Ebenso betrachtet Kern⁷⁷⁾ die Tonbandaufnahme ausschließlich als Augenscheinsbeweismittel, ohne jedoch seine Auffassung näher zu begründen.

c) Am Rande soll schließlich ein kurzer Blick auf die Stellungnahme der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Rechtslehre zu dem Problem der Beweismittel-

69) § 136a Anm. 1 C, b; § 244 Anm. 1 B; § 249 Anm. 1.

70) LK II, § 244 Erl. 79; Gedächtnisschrift, S. 630/31.

71) Grünhuts Zeitschrift, Bd. 22, S. 137.

72) JW 1924, 912.

73) Eb. Schmidt, LK II, § 244 Erl. 78; JZ 1956, 207.

74) JZ 1957, 153; Tonbandaufnahmen, S. 53.

75) LK II, § 244 Erl. 79/81.

76) Vorb. 3 c vor § 72 (1958).

77) S. 102.

qualität des Tonbandes geworfen werden. Schönke-Schröder-Niese⁷⁸⁾ sowie Rosenberg⁷⁹⁾ lehnen die Urkundenqualität der Tonbandaufnahme ab, weil sie keine durch Schriftzeichen verkörperte Gedankenäußerung darstellt, erkennen sie aber als Augenscheinsobjekt an.

Aus demselben Grunde verneint Pleyer⁸⁰⁾ die Urkundenqualität des Tonbandes, das seiner Ansicht nach als Augenscheinsobjekt zu charakterisieren sei, "da die im Prozeß abzuspielende Aufnahme durch das Gehör wahrgenommen" werde. Auch Coing⁸¹⁾ stellt den Urkundencharakter der Tonbandaufnahme in Abrede und weist sie stattdessen der Kategorie der Augenscheinsbeweismittel zu. Im gleichen Sinne vertrat früher Siegert⁸²⁾ die Auffassung, daß Tonbandaufnahmen keine Schriftstücke seien und daher nur als Augenscheinsbeweismittel in Betracht kommen könnten. Im Gegensatz dazu ist er neuerdings der Ansicht⁸³⁾, daß die Tonbandaufnahme analog dem Schriftstück zu behandeln sei und damit denjenigen Urkunden, die der Unterschrift nicht bedürfen, gleichstehe. Das KG⁸⁴⁾ läßt es dahin gestellt sein, ob die Tonbandaufnahme ein zulässiges Beweismittel im Sinne der Zivilprozeßordnung darstellt, erachtet jedoch deren Wiedergabe zur Gedächtnisstützung oder zwecks Vorhaltes für zulässig. Ebensowenig bemühen sich die bereits erwähnten Entscheidungen des ArbG Kassel, LG Hagen und des OLG Düsseldorf⁸⁵⁾ um die Klärung der Frage, welches Beweismittel die Tonbandaufnahme darstellt.

3) Die Betrachtung der gegenwärtig vertretenen Meinungen zeigt, wie verschieden die einzelnen Schriftsteller die Frage der Beweismittelqualität der Tonbandaufnahme beurteilen. Dieser Meinungsstreit im Schrifttum führt zwangsläufig zu einer Unsicherheit in der Rechtsprechung der unteren Gerichte, die sich bei der ständig zunehmenden Verbreitung des Tonbandgerätes in Zukunft gewiß noch öfters mit der Frage der beweismäßigen Verwendung von Tonbandaufnahmen zu befassen haben werden. Es ist daher nur wünschenswert, daß der BGH, wenn er wieder einmal mit dem Tonbandproblem befaßt wird, diese grundsätzliche Frage eingehend prüft und entscheidet, um die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsprechung zu gewährleisten.

78) S. 256.

79) S. 548.

80) ZZP 69, 322.

81) Tonbandaufnahmen, S. 31 f.

82) Der Mißbrauch, S. 68.

83) NJW 1957, 691; ferner GA 1957, 269.

84) NJW 1956, 27.

85) Vgl. oben S. 7 Anm. 12.

§ 3 Die Tonbandaufnahme als Urkunde bzw. als Augenscheinsobjekt

I.

Bei der nachfolgenden Prüfung, ob die Tonbandaufnahme einer der beiden Beweismittelarten angehört, haben alle Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkte, die eine Eingruppierung in die eine oder andere Kategorie nahelegen, auszuscheiden. Von solchen lassen sich begreiflicherweise insbesondere die Vertreter der Polizei bei ihren Ausführungen zur Tonbandfrage leiten, die wegen der nicht unwesentlichen Erleichterung der Protokollierungstätigkeit im Falle der Verwendung von Tonbandgeräten vielfach die Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch die Tonbandaufnahme fordern⁸⁶⁾. Ebenso müssen im Rahmen dieser Untersuchung sämtliche mehr oder weniger begründeten Bedenken, die sich aus der Verwendung dieser technischen Neuheit für jeden rechtsstaatlich denkenden Strafprozessualisten ergeben, zurücktreten. Freilich dürfen die "technischen Möglichkeiten das Rechtlich-Ethische nicht überspielen" und damit zur Gefahr für die sittliche Freiheit des Einzelnen werden⁸⁷⁾. Jedoch besteht bei der Verwendung von Tonbandaufnahmen zu Zwecken der Strafverfolgung in dieser Hinsicht zu Befürchtungen kein Anlaß, wenn die Benutzung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen erfolgt⁸⁸⁾. Ganz allgemein gesprochen soll bei den nachfolgenden Überlegungen die der Tonbandaufnahme eigentümliche objektive Erscheinungsform dafür bestimmend sein, ob diese einem der beiden sachlichen Beweismittelarten zugerechnet werden kann, oder ob sie mangels Einordnungsmöglichkeit als Beweismittel überhaupt nicht in Betracht kommt.

II.

Da das Gesetz eine Legaldefinition der Urkunde⁸⁹⁾ und des Augenscheinsobjektes nicht gibt, stellt sich uns zunächst die Aufgabe, den in Rechtslehre und Rechtspraxis entwickelten Urkunden- und Augenscheinsbegriff kurz zu umreißen.

1) Zum Urkundenbegriff sei vorweg negativ gesagt, daß dieser sich nicht mit

86) Vgl. hierzu unten S. 38; Kohlhaas, DRIZ 1955, 82, 2. Sp., NJW 1957, 83, 2. Sp. u. Alsberg-Nüse, S. 271, befürworten die Urkundeneigenschaft u.a. deshalb, um den Beweis mit Hilfe akustischer Gesprächsaufnahmen den "strengen Bestimmungen des Urkundenbeweises" zu unterstellen.

87) Insoweit zutreffend Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift S. 625 f.

88) Ebenso Kohlhaas NJW 1957, 82.

89) § 249 enthält keine Begriffsbestimmung der Urkunde im eigentlichen Sinne - wie von Hippel, S. 435 f., Anm. 9, annimmt - sondern regelt lediglich die Form des Urkundenbeweises. Es ist allerdings v. Hippel zuzugeben, daß sich aus der Formvorschrift des § 249 StPO die Merkmale des strafprozessualen Urkundenbegriffs herauslesen lassen; so die h.M., vgl. etwa Bennecke, S. 388 f.; Alsberg-Nüse, S. 279.

dem des materiellen Strafrechts deckt⁹⁰⁾. Als Urkunde im strafrechtlichen Sinn ist jede Sache anzusehen, die einen Gedanken verkörpert, wobei es gleichgültig ist, aus welchem Stoff diese besteht und in welcher Form und mit welchen Mitteln der Gedanke erkennbar gemacht wird⁹¹⁾. Demgegenüber versteht die Strafprozeßordnung jedoch unter Urkunden nur solche vergegenständlichte Gedankenäußerungen, die in lesbaren Schriftzeichen verkörpert sind⁹²⁾. Unwesentlich ist hierbei allerdings, durch welche Art von Schriftzeichen der Gedankenäußerung Ausdruck verliehen wird⁹³⁾. Auch ist es unerheblich, ob die Urkunde von vornherein zum Beweis bestimmt war (sogenannte Absichtsurkunde), oder erst nachträglich Beweisbedeutung erlangt hat (sogenannte Zufallsurkunde)⁹⁴⁾.

Als Urkunde im strafprozessualen Sinne sind demnach solche Gegenstände zu betrachten, die Träger eines durch irgendwelche Schriftzeichen veranschaulichten Gedankeninhalts sind, durch den sie den Beweis rechtlich erheblicher Tatsachen liefern sollen⁹⁵⁾.

2) Von der Urkunde ist das Augenscheinsobjekt zu unterscheiden. Während die Urkunde im prozessualen Sinne als die "vox mortua" des Menschen dem Beschauer eine in Worten geformte Gedankenäußerung übermittelt, wollen die Augenscheinsobjekte lediglich einen s i n n l i c h e n E i n d r u c k bei der den Augenschein einnehmenden Person hervorrufen. Es ist dabei gleichgültig, welches menschliche Sinnesorgan den beweis erheblichen Eindruck vermittelt⁹⁶⁾. Augenscheinsobjekte sind also keine Beweismittel, die durch einen in sie hineingelegten, durch das Ausdrucksmittel der menschlichen Sprache⁹⁷⁾ dargestellten Gedankeninhalt beweisen sollen, sondern Gegenstände irgendwelcher Art⁹⁸⁾, die durch ihr bloßes Dasein, ihre Beschaffenheit oder Lage dem Gericht⁹⁹⁾ im Wege der Schlußfolgerung die Überzeugung von einer rechtlich er-

90) vgl. dazu Schönke-Schröder, § 267, III, 1 d (S. 796) mit weiteren Literaturnachweisen.

91) So Ullmann, S. 390; Löwe-Rosenberg, § 249 Anm. 6; Rosenberg S. 552.

92) So die heute einhellige Ansicht, vgl. etwa Bennecke, S. 389; Bennecke-Beling, S. 340; Ullmann, S. 390; Beling, S. 311; Gerland, S. 234; Groth, Der Urkundenbeweis, S. 9; v. Hippel, S. 434; Henkel, S. 277/8; Kern (3. Aufl. 1953) S. 101; Alsberg-Nüse, S. 268 f.; Löwe-Rosenberg § 249 Anm. 6, 7; Eb. Schmidt, LK II, Erl. 4 zu § 86 u. Erl. 1 zu § 249; Schwarz, § 249 Anm. 1; KMR, Anm. 1 a zu § 249 u.a.m.

93) Dies können Laut- oder Bildzeichen, konventionelle oder geheime Schriftzeichen, Stenographie oder Morseschrift und dergl. sein; vgl. dazu Ullmann, S. 390 Anm. 5; Bennecke, S. 391 a.E.; v. Hippel, S. 434; Eb. Schmidt, LK II, § 249 Erl. 7; Alsberg-Nüse, S. 271.

94) Vgl. etwa v. Hippel, S. 392 Anm. 3; Alsberg-Nüse, S. 268; Bennecke, S. 389.

95) Damit sachlich übereinstimmend die in Anm. 92 zitierten Autoren.

96) Vgl. etwa Alsberg-Nüse, S. 372; Eb. Schmidt LK II § 86 Erl. 6.

97) Vgl. unten S. 25 Anm. 129.

98) z.B. körperliche Sachen, gleich welchen Aggregatzustandes, der lebende Mensch und der menschliche Leichnam, vgl. etwa Eb. Schmidt, § 86 Erl. 5; Erl. 5; Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 86; Henkel, S. 274.

99) Augenschein kann freilich auch durch andere Personen als dem Richter ein-

heblichen Tatsache zu verschaffen vermögen¹⁰⁰⁾. Auch Vorgänge, die der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich sind¹⁰¹⁾, können geeignete Wahrnehmungsobjekte des Augenscheins sein¹⁰²⁾.

Als Augenscheinsobjekte im Sinne des Strafprozeßrechts sind demnach alle Gegenstände und Vorgänge der Erscheinungswelt zu betrachten, durch deren sinnliche Wahrnehmung sich das Gericht die Kenntnis von der Existenz, der äußeren Beschaffenheit oder der räumlich-zeitlichen Beziehung einer Sache oder dem Ablauf eines Vorganges verschafft¹⁰³⁾.

Auch Urkunden kommen sonach als Augenscheinsobjekte in Betracht, wenn sie nicht durch die in ihr verkörperten Gedankenreihe, sondern durch ihre äußere Beschaffenheit etwas beweisen soll, wie etwa ein zum Schriftenvergleich herangezogener Brief¹⁰⁴⁾.

III.

1) Es darf wohl als unstreitig angesehen werden, daß die Tonbandaufnahme insoweit als Beweismittel, und zwar als Augenscheinsobjekt, anzuerkennen ist, als sie durch ihre Existenz, ihre äußere Beschaffenheit oder ihren Zustand beweisend auf die richterliche Überzeugung einwirken soll¹⁰⁵⁾. Überprüft beispielsweise der erkennende Richter die Tonbandaufnahme auf ihre Unversehrtheit oder Identität, so handelt es sich um Augenscheinseinnahme¹⁰⁶⁾.

2) Ihrer Eigenschaft als Schallträger entsprechend, vermag die Tonbandaufnahme

genommen werden, z.B. durch Sachverständige oder Zeugen, vgl. dazu Peters, S. 322 f.

100) In diesem Sinne Henkel, S. 274/75; Eb. Schmidt, § 86 Erl. 4; Alsberg-Nüse, S. 372 f.; v. Hippel, S. 426.

101) Vgl. beispielsweise den in RGSt 16, 147 ff. (147) geschilderten Fall, bei dem die Augenscheinseinnahme auf die Feststellung gerichtet war, "ob man, insbesondere ob der Angeklagte von gewissen Standpunkten auf der einen Seite der Oder Personen und deren Bewegungen auf gewissen Punkten des gegenüberliegenden Ufers erkennen und unterscheiden konnte."

102) Alsberg-Nüse, S. 373; Eb. Schmidt, § 86 Erl. 6.

103) So heute die weit überwiegende Auffassung, vgl. etwa Löwe-Rosenberg, § 86 Anm. 3,7; KMR § 72 Vorb. 3; v. Kries, S. 409; v. Hippel, S. 426; Alsberg-Nüse, S. 372; Peters, S. 322; Henkel, S. 274; Kern, S. 102 u. Eb. Schmidt, § 86 Erl. 4 u. 5, § 249 Erl. 6, der jedoch entgegen seinem hier vertretenen, mit der h.M. übereinstimmenden, Augenscheinsbegriff in Erl. 81 zu § 244 den Augenschein an einen Gedankeninhalt für möglich hält, wenn dieser - wie etwa bei einer Beleidigung - den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt. Um die von der Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeitete klare Abgrenzung des Augenscheinsbeweises vom Urkundenbeweis nicht wieder zu verwischen (vgl. hierzu unten S. 23 Anm. 110), sollte davon abgesehen werden, den Augenschein, wenn auch nur in gewissen Fällen, auf Gedankeninhalte zu erstrecken.

104) v. Kries, S. 409; Beling, S. 293; Eb. Schmidt, § 249 Erl. 6; Alsberg-Nüse, S. 269, 373; Peters, S. 322.

105) So ausdrücklich Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 2.Sp., ders. NJW 1957, 83, 1.Sp. Alsberg-Nüse, S. 269, 373; Henkel, JZ 1957, 152; Siegert, NJW 1957, 690, 2. Sp., ders. GA 1957, S. 269; Scupin DÖV 1957, 553 f.

106) Kohlhaas, NJW 1957, 83, 1.Sp.; Siegert, a.a.O.; Alsberg-Nüse, S. 373.

außer durch ihr äußerliches Dasein durch die auf ihr festgehaltenen Laute einen Beweisgrund für die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Tatsache abzugeben. Es fragt sich, ob sie auch dann, wenn durch diesen ihren Inhalt Beweis erbracht werden soll, als Augenscheinobjekt zu betrachten ist. Der Anerkennung als Augenscheinobjekt steht nicht entgegen, daß die sinnliche Wahrnehmung des Tonbandinhalts durch das erkennende Gericht nicht durch die Betätigung des Gesichtssinnes, sondern durch das Gehör erfolgt, denn bekanntlich kann sich jede sinnliche Wahrnehmung als Einnahme von Augenschein darstellen¹⁰⁷⁾. Es ist jedoch hervorzuheben, daß die Kenntnisnahme von Tonbandinhalt nicht schon deshalb als Augenscheinseinnahme zu charakterisieren ist, weil der Beweisakt ein Sinnesorgan des Beweisempfängers in Anspruch nimmt¹⁰⁸⁾. Sonst müßte man - wie teilweise vor 1900 im Schrifttum¹⁰⁹⁾ irrig angenommen wurde - auch den Urkunden-¹¹⁰⁾ und Zeugenbeweis als Formen des Augenscheins betrachten. Augenschein liegt jedoch nach dem herrschenden Augenscheinsbegriff¹¹¹⁾ stets nur dann vor, wenn der *reine Sinneseindruck* und nicht eine möglicherweise durch diesen vermittelte *sprachliche*¹¹²⁾ Gedankenäußerung beim beweisenden Richter die Überzeugung von einer Tatsache begründen soll¹¹³⁾. Bei der Prüfung der Frage, ob die Tonbandaufnahme als Augenscheinobjekt in Betracht kommt oder nicht, ist folglich auf das durch den reproduzierten Klang Ausgedrückte abzustellen. Es kann daher Schultze¹¹⁴⁾, Eb. Schmidt¹¹⁵⁾ und Pleyer¹¹⁶⁾ nicht gefolgt werden, die allein schon aus der Tatsache der sinnlichen Wahrnehmung des reproduzierten Klanges die Augenscheinsqualität herleiten wollen, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Klang Worte darstellt oder sonstige akustische Phänomene verkörpert. Diese Unterscheidung ist jedoch sehr wesentlich, denn Augenschein kann, wie festgestellt, nur dann angenommen werden, wenn der richterliche Beweisakt sich auf die sinnliche Wahrnehmung des Klanges akustischer Erscheinungen beschränkt und nicht darüberhinaus einen möglicherweise durch diesen *sprachlich* zum Ausdruck gebrachten Gedankeninhalt erschließen soll. Um Augenscheinseinnahme handelt es sich demnach beispielsweise, wenn durch die Tonbandvorführung dem Gericht ein Eindruck von der Lautstärke des Klavierspiels¹¹⁷⁾, vom Klang einer Stimme

107) Vgl. die oben S. 21 Anm. 96 Zitierten.

108) Zutreffend Rosenberg, S. 548; Alsberg-Nüse, S. 372.

109) Vgl. Rosenberg, a.a.O.

110) So sieht Geyer, S. 103, die Kenntnisnahme vom Inhalt eines beleidigenden Briefes oder einer sonstigen schriftlichen Willensäußerung als Augenscheinseinnahme an. Ebenso Wach, Vorträge S. 152 f., Anm., u. Wetzell, S. 222; gegen diese Auffassung damals schon v. Kries, S. 414, ders. ZStW 6, 171.

111) vgl. oben, S. 22, 2. Absatz und die dort angeführte Literatur.

112) Vgl. näher unten, S. 24 f., insbes. Anm. 129.

113) So ausdrücklich auch Alsberg-Nüse, S. 373.

114) Grünhuts Zeitschrift Bd. 22, 137.

115) LK II, Erl. 79 zu § 244, Gedächtnisschrift, S. 631.

116) a.a.O., S. 322

117) ZMR 1957, 53 ff.

zwecks Stimmenvergleichs¹¹⁸⁾, von der Sprechweise des Sich-Äußernden oder von der Art und Weise der Vernehmung¹¹⁹⁾ verschafft werden soll, um daraus auf beweiserhebliche Tatsachen schließen zu können. Auch Eb. Schmidt¹²⁰⁾ ist der Ansicht, daß der Beweis durch einen Gedankeninhalt nicht Augenscheinsbeweis ist, ohne jedoch daraus im Hinblick auf die Tonbandaufnahme die Konsequenz zu ziehen.

3) Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Tonbandaufnahmen stets dann als Augenscheinsobjekte in Betracht kommen, wenn sie nicht Träger gedanklicher Äußerungen sind oder wenn es zumindest auf den verkörperten Gedankeninhalt bei der Beweisführung nicht ankommt. Hat die Beweiserhebung mittels Tonbandaufnahmen bei der äußeren Untersuchung des Bandes ihr Bewenden, so besitzt dieses mit hin die Funktion eines Augenscheinsobjektes. Ferner ist die Reproduktion des Tonbandinhaltes jedenfalls dann als Erhebung von Augenscheinsbeweis zu charakterisieren, wenn ausschließlich die sinnlich wahrnehmbare a k u s t i s c h e E r s c h e i n u n g des reproduzierten Tonbandinhaltes für die richterliche Überzeugungsbildung maßgebend sein soll. Soweit ersichtlich, besteht hierüber in Schrifttum und Rechtsprechung Einhelligkeit¹²¹⁾.

IV.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, als welches Beweismittel die Tonbandaufnahme dann betrachtet werden kann, wenn ein auf ihr festgehaltenes Gespräch oder eine sonstige menschliche Gedankenäußerung für Beweiszwecke verwendet werden soll. Wie die obigen Ausführungen¹²²⁾ zeigen, konzentriert sich der ganze um das Problem der Beweismittelqualität geführte Meinungsstreit des Schrifttums auf diese Frage.

1) Den Augenscheinsobjekten kann die Tonbandaufnahme in diesem Fall nicht zugeordnet werden, denn diese unterscheiden sich - wie oben dargelegt - von den übrigen Beweisarten gerade dadurch, daß sie nicht Träger gedanklicher Äußerungen sind oder zumindest nicht als Mittler gedanklicher Äußerungen benutzt werden. Mit Recht verneinen daher Kohlhaas¹²³⁾, Alsberg-Nüse¹²⁴⁾ und Henkel¹²⁵⁾ die Möglichkeit, den Gedankeninhalt akustisch fixierter Äußerungen zum Gegenstand der Augenscheinseinnahme zu machen. Siegert¹²⁶⁾, der dem-

118) Alsberg-Nüse, S. 373; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 2.Sp., ders. NJW 1957, S.83, 1. Sp.; Henkel JZ 1957, 152, 2. Sp., ders., Tonbandaufnahmen, S.52; Siegert NJW 1957, 690, 2. Sp.

119) Vgl. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift S. 642, ders. JZ 1956. 208, 2. Sp.; Henkel, JZ 1957, 152, 2.Sp., ders. Tonbandaufnahmen, S. 52.

120) LK II, Erl. 4 zu § 86.

121) Vgl. die in Anm. 105 zitierten Autoren.

122) Vgl. oben S. 14 ff.

123) NJW 1957, 83.

124) S. 372, 373.

125) JZ 1957, 152, 2. Sp., Tonbandaufnahmen S. 52.

126) NJW 1957, 690 f.

gegenüber auch am gedanklichen Inhalt des Tonbandes eine Augenscheinseinnahme für möglich hält¹²⁷⁾, ist zwar zuzugeben, daß der Augenschein auch das Denken erfaßt, nämlich insofern, als die sinnliche Wahrnehmung Gedanken, Ideen und Vorstellungen beim Beschauer auslöst. Insoweit ist seine Kritik an dem etwas mißverständlichen Satz bei Henkel¹²⁸⁾, wonach "nicht Augenscheinsbeweis ist, was sich über die sinnliche Wahrnehmung hinaus, erst dem Denkvermögen erschließt," berechtigt. Siegert verkennt jedoch, daß beim Augenscheinsbeweis die Vorstellung von Gedanken nicht durch eine in Worte der menschlichen Sprache gefaßte Erklärung¹²⁹⁾, - wie dies beim Urkunden- und auch beim Personalbeweis der Fall ist - sondern durch den bloßen sinnlichen Eindruck hervorgerufen wird, den der Beweisaufnehmende durch die sinnliche Wahrnehmung eines körperlichen Gegenstandes oder eines Vorganges erlangt. Wie bereits vermerkt, betrachtet auch Eb. Schmidt¹³⁰⁾ den Beweis mittels akustisch fixierter Gedankenäußerungen als Augenscheinsbeweis, allerdings nicht als Augenscheinseinnahme des Gedankeninhaltes, da seiner Ansicht nach durch die Tonbandvorführung nicht "die früher gemachte Aussage als solche mit ihrem Gedankeninhalt", sondern nur der "verhaltene Klang einstmals gesprochener Worte mehr oder minder ähnlich reproduziert" werde¹³¹⁾. Genau besehen führt jedoch der Augenschein am reproduzierten Klang der Worte im Ergebnis zur Augenscheinseinnahme am Gedankeninhalt, dessen Feststellung ja schließlich auch das wahre Ziel der Tonbandvorführung ist. Nach dem herrschenden - auch von Eb. Schmidt vertretenen - Augenscheinsbegriff kann daher in diesem Fall die Beweiserhebung mit Hilfe der Tonbandaufnahme schlechterdings nicht als Augenscheinseinnahme betrachtet werden. Darüber hinaus läßt Eb. Schmidt in Abweichung von der herrschenden Meinung den Augenscheinsbeweis zum Nachweis von Gedankenäußerungen als solchen ausdrücklich dann zu, wenn die Erklärung selbst den

127) So auch die Überwiegende Meinung in der zivilrechtlichen Literatur, vgl. oben S.18 f. Ob sich diese Auffassung vom zivilrechtlichen Standpunkt aus vertreten läßt, kann hier dahingestellt bleiben.

128) JZ 1957, 152, 2.Sp.

129) Auf die Übermittlung des Gedankeninhalts durch das Ausdrucksmittel der menschlichen Sprache, sei es in Schrift oder Ton, kommt es entscheidend an, (ebenso Maurach, S. 414), denn Gedankeninhalte können auch auf andere Weise kundgegeben werden, z.B. durch abgebrochene Zweige oder durch Aufschichten von Steinen (Zigeunerzeichen), vgl. Bennecke-Beling, S. 339. Obgleich derartige Markierungen der Mitteilung eines Gedankeninhaltes dienen, sind diese als Augenscheinobjekte zu betrachten, denn sie vermitteln den Gedankeninhalt nicht durch Worte darstellende, konventionelle oder vereinbarte Sprachzeichen, sondern gestatten lediglich dem Beschauer, aus ihrem Dasein bzw. ihrer Lage im Wege der Schlußfolgerung die mitzuteilende Tatsache zu erraten. Aus demselben Grunde ist etwa die Betrachtung einer Karikatur-Plastik zur Ermittlung ihres beleidigenden Inhalts kein Urkundenbeweis, sondern Augenscheinseinnahme.

130) Eb. Schmidt, LK II, § 244, Erl. 79, Gedächtnisschrift, S. 630/31, JZ 1956, 207, 1.Sp.

131) LK II, Erl. 81 zu § 244.

Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt¹³²⁾. Als Augenscheinseinnahme betrachten die Tonbandreproduktion ferner Hegler¹³³⁾, Groth¹³⁴⁾, v. Hippel¹³⁵⁾, Schwarz¹³⁶⁾ und Kern¹³⁷⁾, die, soweit sie ihre Auffassung begründen, gleich Eb. Schmidt auf den Vorgang der sinnlichen Wahrnehmung als das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Frage der Beweismittelqualität abstellen, ohne dabei zu beachten, daß die Tonbandvorführung letztlich die Einführung des Gedankeninhalts in den Prozeß bezweckt.

2) Kann demnach die sinnliche Wahrnehmung von sprachlich geformten Gedankenäußerungen begrifflich nicht als Augenscheinseinnahme bewertet werden, so bleibt folglich nur noch die Möglichkeit offen, die Tonbandaufnahme als Urkunde anzuerkennen, oder sie als Beweismittel völlig abzulehnen. Nach dem oben umrissenen strafprozessualen Urkundenbegriff sind unter Urkunden *verlesbare Schriftstücke* zu verstehen, die durch ihren Gedankeninhalt dem Beweis dienen. Die Tonbandaufnahme kann daher den Platz einer strafprozessualen Urkunde nur dann einnehmen, wenn das den Gedankeninhalt verkörpernde Tonband als Schriftstück angesehen oder zumindest einem solchen gleichgestellt werden kann und außerdem seine Verwendung nach der gemäß § 249 StPO für den Urkundenbeweis vorgeschriebenen Form möglich ist. Ob diese neben der Verkörperung eines Gedankeninhaltes die strafprozessuale Urkunde ausmachen, den Wesensmerkmale bei der Tonbandaufnahme gegeben sind, ist nunmehr zu untersuchen.

a) Als Schriftstück im Sinne der hergebrachten Lehre kann die Tonbandaufnahme sicherlich nicht betrachtet werden. Übereinstimmend mit der Anschauung des täglichen Lebens sind nämlich unter *Schriftstücken* Träger von Schriftzeichen zu verstehen, welche die Perpetuierung einer in sie hineingelegten Gedankenerklärung bezwecken¹³⁸⁾. Das Charakteristische der Schriftlichkeit besteht hierbei darin, daß der festgehaltene Gedankeninhalt durch *optisch wahrnehmbare Zeichen* veranschaulicht wird. Durch welche Art von Schriftzeichen dies geschieht, ist nach der Strafprozeßrechtslehre allerdings gleichgültig¹³⁹⁾. Die Möglichkeit, den Gedankeninhalt der auf Band festgehaltenen Worte mit dem Auge abzulesen, ist bei der Tonbandaufnahme schon deswegen nicht gegeben, weil die auf dem Band durch die Luftschwin-

132) Eb. Schmidt, LK II, Erl. 81 zu § 244.

133) Der Rechtsgang, Bd. 2, S. 279 Anm. 8.

134) Der Urkundenbeweis, S. 71; Krim.Mon. 1936, 199.

135) S. 435 Anm. 9.

136) Anm. 1C b zu § 136a, Anm. 1B zu § 244.

137) S. 102.

138) Vgl. dazu Ullmann, S. 390 Anm. 5; Bennecke, S. 388/89.

139) Vgl. v. Hippel, S. 434; Eb. Schmidt, LK II, § 249 Erl. 7; Alsberg-Nüse, S. 271.

gungen des gesprochenen Wortes hervorgerufenen elektromagnetischen Veränderungen keine, jedenfalls für das bloße Auge, sichtbaren Spuren auf dem Band hinterlassen. Aber auch die Rillen auf Schallplatten und Wachswalzen sind keine Schriftzeichen in diesem Sinne, da sie die auf dem Schallträger fixierten Worte nicht zu veranschaulichen vermögen.

Wenn daher die Tonbandaufnahme mangels Lesbarkeit ihres Gedankeninhalts als Schriftstück im überlieferten Sinne nicht angesehen werden kann, so ist sie einem solchen doch gleichzuachten¹⁴⁰⁾, denn die Tonbandaufnahme stellt lediglich eine neuartige Methode der Fixierung dar. Wie die bis zur Erfindung der Schallaufnahme allein bekannte schriftliche Aufzeichnung hält das Tonband das an sich flüchtige Wort körperlich fest und verleiht diesem die ihm von Natur aus fehlende Dauerhaftigkeit. Durch diese neue Fixierungsmöglichkeit hat der Schriftlichkeitsbegriff notwendigerweise eine Erweiterung erfahren. Er kann nicht mehr auf die lesbaren Sprachzeichen beschränkt bleiben, sondern ist darüberhinaus auch auf alle nicht lesbaren Zeichen zu erstrecken, die gleich der Schrift der Fixierung menschlicher Gedankenausdrücke dienen¹⁴¹⁾.

In Übereinstimmung damit hat das Reichsgericht¹⁴²⁾ schon früher festgestellt, daß das Wesen der Schriftlichkeit in der Verkörperung von Gedankenausdrücken in der Form irgendwelcher Zeichen liegt, die dazu geeignet und bestimmt sind, die Gedankenausdrücke dem menschlichen Verständnis im Wege der sinnlichen Wahrnehmung zu vermitteln. Es betrachtet es dabei als einerlei, welcher Art diese Zeichen sind und ob die Ermittlung des durch diese dargestellten Gedankeninhalts durch die Betätigung des Gesichtssinns oder wie bei der Blindenschrift durch den Tastsinn¹⁴³⁾ oder durch das Gehör erfolgt.

Dieser vom Reichsgericht im Hinblick auf das Phonogramm und die Schallplatte entwickelte Schriftlichkeitsbegriff umfaßt auch die Aufzeichnung von Gedankenausdrücken durch Tonband. Daß bei der Tonbandaufnahme die körperlich fixierten Zeichen nicht sichtbar sind, ist unerheblich, denn diese sollen ja den Gedankeninhalt nicht durch den Gesichtssinn, sondern auf dem Wege des Gehörs vermitteln, so daß es auf ihre visuelle Wahrnehmbarkeit nicht ankommt. Auch die dem menschlichen Auge verborgenen elektromagnetischen Linien des Tonbandes sind daher als Schriftzeichen im weiteren Sinne aufzufassen¹⁴⁴⁾. Ferner ändert die Tatsache, daß bei der Tonbandaufnahme die Wahrnehmung der

140) Ebenso Kohlhaas, DRIZ 1955, 83; 1.Sp., ders. RWP-Blattei 16 (D) Strafprozeßordnung II, 3, 282/71; Maurach, S. 415; Alsberg-Nüse, S. 270; Siegert, GA 1957, S. 270. - Henkel, JZ 1957, 152/53 u. Tonbandaufnahmen, S. 52 läßt die Frage der Gleichstellbarkeit der Tonbandaufnahme mit einem Schriftstück dahinstehen.

141) Ebenso Dalcke, § 41 Anm. 2 (S. 30), § 23, Anm. 4 u. 5 (S. 483); Maurach, S. 415; Scupin, DÖV 1957, 554. - A.A. Feldmann, NJW 1958, 1167, 1.Sp.

142) RGSt 38, 345 ff., (347); 47, 223 ff. (224).

143) RGZ 27, 60 ff. (64).

144) Ebenso Rasehorn, NJW 1954, 61 und Siegert, GA 1957, S. 269 im Anschluß an Kohlhaas NJW 1957, 83, 2.Sp.

aufgezeichneten Worte erst durch die Einschaltung eines technischen Hilfsmittels, nämlich des Tonbandgerätes, möglich ist, nichts am Schriftcharakter der die Worte darstellenden Zeichen¹⁴⁵⁾.

b) Ist mithin die Tonbandaufnahme einem Schriftstück im strafprozessualen Sinne gleichzustellen, so hängt die Bejahung ihrer Urkundeneigenschaft im Bereich des Strafprozeßrechts fernerhin davon ab, ob ihr Inhalt in der für die Erhebung des Urkundenbeweises nach § 249 StPO vorgeschriebenen Form der Verlesung in den Prozeß eingeführt werden kann. Da der Tonbandinhalt nicht unmittelbar dem Auge zugänglich und damit seine Verlesung im wörtlichen Sinne ausgeschlossen ist, wird die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Urkundenbeweis vielfach verneint¹⁴⁶⁾.

Die mangelnde Verlesbarkeit hindert indessen nicht, die Tonbandaufnahme als Urkunde und ihre Vorführung in der Hauptverhandlung als Urkundenbeweis anzuerkennen. Die für den Urkundenbeweis vorgeschriebene Form der Verlesung darf nicht überspannt werden. § 249 StPO schreibt das Verlesen der Urkunde in der Hauptverhandlung deshalb vor, um dem das Strafverfahren beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit der Hauptverhandlung Rechnung zu tragen¹⁴⁷⁾, wonach das erkennende Gericht bei der Urteilsgewinnung nur das berücksichtigen darf, was in der Verhandlung mündlich vorgebracht worden ist¹⁴⁸⁾. Nun erleidet das Mündlichkeitsprinzip aber gewiß keine Einschränkung, wenn der Inhalt einer sprachlichen Aufzeichnung statt durch lautes Vorlesen auf mechanischem Wege mittels eines Wiedergabegerätes in der Hauptverhandlung hörbar gemacht wird. Denn durch die Tonbandvorführung wird der vom Gesetzgeber mit der Mündlichkeit der Verhandlung verfolgte Zweck, nämlich für alle Anwesenden die Möglichkeit zu schaffen, von dem Inhalt beweisbedeutsamer Aufzeichnungen Kenntnis zu nehmen, ferner den Prozeßbeteiligten Gelegenheit zu geben, sich unmittelbar vor dem erkennenden Richter zu dem Urkundeninhalt zu erklären, ebenso erreicht, wie durch die Form der Verlesung. Schließlich wird auch der das Beweisverfahren beherrschende Grundsatz der Unmittelbarkeit durch die Tonbandvorführung nicht beeinträchtigt, denn diese stellt eine wortwörtliche Wiedergabe des Bandinhaltes dar, die gegenüber einer Urkundenverlesung durch eine Person lediglich noch den Vorzug besitzt, daß Fehler bei der Wiedergabe des Urkundeninhalts infolge Sichverlesens ausgeschlossen sind. Die mechanische Tonbandwiedergabe ist somit als

145) Vgl. dazu RGSt 38, 345 ff. (347); 47, 223 ff. (224).

146) So Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 630/31, ders. LK II, Erl. 78 zu § 244, ders. JZ 1956, 207; Schwarz, § 249 Anm. 1; v. Hippel, S. 435, Anm. 9; Groth, Der Urkundenbeweis, S. 70; Hegler, Bd. 2, S. 279 Anm. 8; Bennecke-Beling, S. 340.

147) Vgl. z.B. Alsberg-Nüse, S. 279; Henkel, S. 376; v. Hippel, S. 392.

148) Im Zivilprozeßrecht ist im Bereich des Urkundenbeweises der Mündlichkeitsgrundsatz nicht so streng durchgeführt worden. Soweit keine Partei widerspricht, kann dort der Inhalt einer Urkunde dadurch zum Verhandlungsgegenstand gemacht werden, daß in der mündlichen Verhandlung auf sie Bezug genommen wird, § 137 Abs. 3 ZPO, vgl. dazu Rosenberg S. 294.

ein der Verlesung durchaus gleichwertiger Vorgang zu bezeichnen, an den der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 249 StPO zwar nicht gedacht hat, der aber im Wege der strafprozeßrechtlich zulässigen Analogie¹⁴⁹⁾ der Urkundenverlesung gleichzustellen ist¹⁵⁰⁾. Es wäre daher verfehlt, unter zu enger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut die Tonbandwiedergabe, die freilich kein Verlesen im wörtlichen Sinne darstellt, als Form des Urkundenbeweises abzulehnen.

Gegen die analoge Anwendung des § 249 StPO auf das Tonband lassen sich schließlich auch aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Formstrenge des Strafverfahrens keine Bedenken herleiten. Die Prozeßformen haben die Aufgabe, die Justizförmigkeit des Strafverfahrens zu gewährleisten¹⁵¹⁾. Diesem Postulat wird durch die Tonbandreproduktion völlig genügt. Wie dargelegt, werden die der Justizförmigkeit dienenden Prozeßprinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit durch die Tonbandwiedergabe nicht beeinträchtigt. Es sei im Übrigen darauf hingewiesen, daß die Praxis die Form des Urkundenbeweises ziemlich großzügig handhabt. Im Anschluß an das Reichsgericht¹⁵²⁾ erkennt der BGH¹⁵³⁾, teilweise gefolgt vom Schrifttum¹⁵⁴⁾, die sogenannte Inhaltskonstatierung, die keine wortwörtliche Textwiedergabe, sondern eine freie, aber dennoch vollständige, Feststellung des Inhalts einer Urkunde durch den Vorsitzenden darstellt, als zulässige Form der Beweiserhebung an.

3) Als Ergebnis der vorangehenden Untersuchungen ist festzuhalten, daß die Tonbandaufnahme dann als Urkunde im strafprozessualen Sinne zu bewerten ist, wenn der durch sie verkörperte sprachliche Gedankeninhalt dem erkennenden Gericht die Überzeugung von Tatsachen vermitteln soll. Die mangelnde Verlesbarkeit steht ihrer Verwendung im Urkundenbeweis nicht entgegen, da durch die Tonbandvorführung der Inhalt der Aufzeichnung den Prozeßbeteiligten ebenso gut zu Gehör gebracht werden kann, wie durch die Verlesung.

V.

Gegen die Anerkennung der Tonbandaufnahme als Urkundenbeweismittel wenden Eb. Schmidt¹⁵⁵⁾ und ihm im wesentlichen folgend Henkel¹⁵⁶⁾ ein, daß die Tonbandaufnahme die Herkunfts- und Inhaltsidentität nicht gewährleistet, das heißt

149) Peters, S. 73.

150) Ebenso Alsborg-Nüse, S. 270; Kohlhaas, DRIZ 1955, 83, 2. Sp., ders. NJW 1957, 83; Scupin, DÖV 1957, 554, 2. Sp., so wohl auch Bennecke-Beling, S. 340.

151) Vgl. dazu Eb. Schmidt, LK I, Nr. 11 ff., insbes. 14 f. u. Nr. 275 ff., LK II Vorb. vor §§ 157 ff. Erl. 5.

152) Vgl. etwa RGSt 3, 161 f. (162) und 282 f. (282); 64, 78 (79).

153) Vgl. BGH Urt. vom 28.11.1950, 2. StR 50/50; BGHSt 1, 94 ff. (96); BGH NJW 1957, 1846; OLG Hamm, NJW 1958, 1359 f. (1359).

154) Alsborg-Nüse, S. 281; Groth, S. 14; KMR, Anm. 2d zu § 249. - A.A. Eb. Schmidt LK II, Erl. 19 zu § 249. Löwe-Rosenberg, § 249 Anm. 10a; Beling, S. 320; Schneidewin, JR 1951, 481, 2. Sp., Stahl, S. 10 ff., ebenso grund-

die Herkunft des Gesprochenen nicht evident mache und eine Garantie dafür, daß nachträgliche Veränderungen des Bandes unterbleiben, nicht gegeben sei, ferner "die Möglichkeit fehle, die Urkunde in allen Beziehungen mit dem Auge zu kontrollieren"¹⁵⁷⁾. Infolgedessen ermangle sie der generellen Beweiswertigkeit, die der Gesetzgeber bei der Zulassung der Urkunde als Beweismittel vorausgesetzt habe, und habe daher als Beweismittel im Urkundenbeweis auszuscheiden.

1) Zunächst ist dazu zu bemerken, daß die für den Echtheitsbeweis bedeutsame "Herkunftsidentität" im Sinne der Feststellbarkeit der Person des Erklärenden bei der Tonbandaufnahme ebenso gegeben ist, wie bei jeder anderen Urkunde auch. Gleichgültig ist, auf welche Weise im Rahmen der Echtheitsprüfung¹⁵⁸⁾ der Urheber der urkundlichen Erklärung ermittelt wird. Vor allen Dingen ist es nicht erforderlich, daß dieser anhand einer Unterschrift festgestellt werden kann. Solcher "unmittelbaren Evidenz" der Person des Erklärenden bedarf es - abgesehen von den Vernehmungprotokollen - bei Urkunden im strafprozessualen Sinne grundsätzlich nicht¹⁵⁹⁾. Vielmehr genügt es, wenn sich der Urheber der Erklärung sonstwie durch ergänzende Beweiserhebungen, wie z.B. durch die Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten oder durch Schriftenvergleiche ermitteln läßt. Die Feststellung der Herkunftsidentität kann daher ohne weiteres im Wege des Stimmenvergleichs erfolgen, der ein ebenso probates Identifizierungsmittel darstellt wie der Schriftenvergleich nach § 93 StPO bei hand- oder maschinengeschriebenen Urkunden¹⁶⁰⁾.

2) Ihre Hauptbedenken gegen die Verwendung von Tonbandaufnahmen im Urkundenbeweis leiten Eb. Schmidt¹⁶¹⁾ und Henkel¹⁶²⁾ aus der Möglichkeit der nachträglichen Veränderung des Tonbandes her. So ist Eb. Schmidt¹⁶³⁾ der Ansicht, die Tonbandaufnahme biete keine Gewähr dafür, daß "die so reproduzierten Worte so und nicht anders gesprochen", also nicht vertauscht oder durch nachträglich eingefügte Worte ersetzt worden seien, so daß Zweifel darüber bestünden, ob "das aus ihnen sich ergebende Gedankengefüge mit demjenigen der

sätzlich auch Kohlrausch, Anm. 3 zu § 249 und Erbs, Anm. V zu § 249.

155) LK II, Erl. 78 u. 79 zu § 244, Gedächtnisschrift, S. 631, JZ 1956, 207, 1. Sp., 209, 2. Sp.

156) JZ 1957, 153; Tonbandaufnahmen, S. 53.

157) Eb. Schmidt, JZ 1956, 207, 1. Sp.

158) Diese braucht dann nicht angestellt zu werden, wenn lediglich nachgewiesen werden soll, daß eine Urkunde bestimmten Inhalts existiert; vgl. RGSt 39, 258 ff. (259); Schwarz, § 250, Anm. 1 B.

159) Vgl. etwa Ullmann, S. 392; v. Hippel, S. 435 Anm. 2; Gerland, S. 235.

160) Ebenso Scupin DÖV 1957, 554.

161) LK II, Erl. 78/79 zu § 244; Gedächtnisschrift, S. 633; JZ 1956, 209.

162) JZ 1957, 153.

163) Eb. Schmidt, LK II, Erl. 79 zu § 244.

einstmals gemachten Aussage identisch" sei. Aus diesem Grunde müsse "zunächst der unmögliche Beweis eines Negativums geführt werden". nämlich der Beweis, daß die Tonbandaufnahme unverändert geblieben sei. Solche zusätzlichen Beweiserhebungen seien jedoch dem Urkundenbeweis wesensfremd und daher als prozessual unzulässig zu betrachten; ferner würden diese nur zur Überforderung der Gerichte führen¹⁶⁴⁾.

a) Es kann Eb. Schmidt und Henkel darin nicht beigespflichtet werden, wenn sie glauben, die Tonbandaufnahme als Urkundenbeweismittel deshalb ablehnen zu müssen, weil ihr Inhalt unschwer verfälscht werden könne¹⁶⁵⁾. Zwar soll dieser dem Tonband anhaftende Mangel der Verfälschungsmöglichkeit keineswegs unterschätzt werden; jedoch ist er meines Erachtens nicht derart gravierend, daß er den Ausschluß des Tonbandes als Urkunde rechtfertigen könnte. Die Fälschungsmöglichkeit darf in ihrer praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Sie wurde auch seinerzeit eingewendet, als man dazu überging, die handschriftliche Urkunde durch die maschinengeschriebene zu ersetzen. So hat man damals insbesondere gegen die Verwendung von Schreibmaschinen zur Anfertigung von Protokollen vorgebracht, es sei möglich, bei mehrseitigen Protokollen eine Seite herauszunehmen und statt ihrer eine andere mit verfälschtem Inhalt einzufügen¹⁶⁶⁾. Trotz dieser seinerzeit unter dem Eindruck der Neuheit aufgetretenen Bedenken hat sich die Schreibmaschine im Laufe der Zeit durchgesetzt und ist schließlich zu einem unentbehrlichen Hilfsmittel bei der Tätigkeit der Polizei- und Justizbehörden geworden. Im übrigen ist j e d e s sachliche Beweismittel der Gefahr der Fälschung ausgesetzt¹⁶⁷⁾. Man denke z.B. an die mit Bleistift geschriebene Notiz oder an die Photographie, die mit den heute zur Verfügung stehenden phototechnischen Mitteln sehr leicht verfälscht werden kann. An ihrer Beweismittelqualität hat deshalb aber noch niemand gezweifelt. Daraus ist ersichtlich, daß die Tatsache der Fälschungsmöglichkeit für die Grundsatzfrage der Beweismittelleigenschaft nicht bestimmend sein kann. Wie bereits betont¹⁶⁸⁾, gewinnt diese vielmehr erst dann Bedeutung, wenn eine als Beweismittel anzuerkennende Erkenntnisquelle im Einzelfall zu Beweiszwecken produziert wird. Es ist dann Sache des Richters, festzustellen, welcher Beweiswert speziell diesem Beweismittel unter Berücksichtigung der generell gegebenen Fälschungsmöglichkeiten zukommt. Weshalb für die Tonbandaufnahme etwas anderes gelten sollte, ist nicht einzusehen.

164) JZ 1956, 209.

165) Ebenso Spengler, S. 168; Dallinger, MDR 145/6; Kohlhaas, NJW 1957, 82; Siegert, DRiZ 1957, 102, 1.Sp.

166) Vgl. dazu Kohlhaas, a.a.O., S. 82; Aeppli, Krim. 1954, 174.

167) Zutreffend Röhl, Tonbandaufnahmen, S. 82; vgl. auch Aeppli, a.a.O., S.174; Händel, PolBl 1957, 13, 1.Sp.

168) Vgl. oben S. 10.

Aus der Tatsache, daß das Tonband leicht verfälscht werden kann, darf nicht der irrtümliche Schluß gezogen werden, daß jede dem Gericht vorgelegte Tonbandaufnahme verfälscht ist. Gegen ein Überhandnehmen von Verfälschungen schützt einmal der Umstand, daß die Herstellung von Fälschungen, die für Täuschungszwecke einigermaßen brauchbar sein sollen, nicht gerade sehr einfach ist und nur in den seltensten Fällen so einwandfrei durchgeführt zu werden vermag, daß selbst ein weniger geübtes Ohr die Manipulationen am Band nicht feststellen kann. Zum anderen mag die Bestrafung wegen Urkundenfälschung, die der Bandfälscher im Falle der Aufdeckung der Fälschung zu gewärtigen hat, manchen davor bewahren, ein Tonband zu verfälschen. Es ist daher verfehlt, von der Vermutung auszugehen, daß das Band gefälscht ist. Die Verfälschung kann - wie bei anderen Beweismitteln auch - als ein Ausnahmefall bezeichnet werden. Infolgedessen ist auch nicht erforderlich, wie Eb. Schmidt¹⁶⁹⁾ und Henkel¹⁷⁰⁾ annehmen, daß die Gerichte die inhaltliche Unverändertheit des Bandes in jedem Falle durch eine ergänzende Beweisaufnahme feststellen. Die Überprüfung des Bandes auf seine Unverfälschtheit wird der Richter - wie bereits betont - vielmehr erst dann anordnen, wenn sich in dieser Hinsicht irgendwelche Zweifel ergeben. Insoweit gilt also nichts anderes als bei geschriebenen Urkunden, deren inhaltliche Unverändertheit ebenso erst im Zweifelsfalle festzustellen ist. Eine regelmäßige zusätzliche Beweiserhebung, welche dem Urkundenbeweis fremd ist, ist daher nicht erforderlich.

b) Es trifft ferner nicht zu, daß die Nachprüfbarkeit der Unverändertheit des Bandes unmöglich sei¹⁷¹⁾. Allerdings wäre der von Eb. Schmidt gewiesene Weg, nämlich sämtliche Personen zu vernehmen, die mit dem Band in Berührung gekommen sein könnten, für das Gericht sehr beschwerlich und würde darüber hinaus nicht einmal einen sicheren Nachweis dafür liefern, ob das Tonband tatsächlich unverfälscht ist. Die Antwort auf diese Frage der Unverfälschtheit gibt viel einfacher und zuverlässiger das betreffende Tonband selbst. Es sollen hier nun nicht die vorhandenen technisch-naturwissenschaftlichen Mittel erörtert werden, die etwa der Aufdeckung solcher Tonbandveränderungen dienen können. So viel ist jedenfalls klar, daß Wortvertauschungen sich nicht so glatt vornehmen lassen, wie vielfach angenommen wird. Solche können in der Regel auch dann ermittelt werden, wenn das veränderte Wortgefüge des beschnittenen Bandes auf ein anderes äußerlich unversehrtes Band überspielt worden ist. In einer zurechtgestutzten Aufnahme werden stets Nahtstellen in Form von Lücken oder Überschneidungen - wenn auch geringfügiger Art - auftreten, die verraten, daß Manipulationen an der Tonbandaufnahme vorgenommen worden sind. Eine

169) LK II, § 244 Erl. 79 a.E.; Gedächtnisschrift, S. 630/31.

170) JZ 1957, 153, 2.Sp.; Tonbandaufnahmen, S. 54.

171) Wie Eb. Schmidt, LK II, Erl. 79 a.E. und Henkel, JZ 1957, 153, 2.Sp.; Tonbandaufnahmen, S. 54, annehmen.

für ein geschultes Ohr erkennbare Störung des Redeflusses läßt sich bei Wortvertauschungen kaum vermeiden. Auch durch die mitunter verschiedene Stimmlage der künstlich aneinander gefügten Worte kann die Fälschung offenbar werden. Einfacher dürfte die Aufdeckung von Verfälschungen schließlich sein, wenn ein Dritter nachträglich das Band teilweise besprochen hat. Diese auch für den naturwissenschaftlichen Laien verständlichen Methoden zur Aufdeckung von Tonbandfälschungen zeigen, daß der Nachweis inhaltlicher Verfälschungen nicht völlig ausgeschlossen ist. Da jedoch die Überprüfung des Tonbandes fachmännisches Können erfordert, wird der erkennende Richter diese in der Regel einem Sachverständigen zu übertragen haben. Plumpere Fälschungen könnte allerdings das Gericht sogar ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen aus eigener Sachkunde feststellen.

c) Gegen die Anerkennung der Tonbandaufnahme als Urkunde wendet Eb. Schmidt ferner ein, die Tonbandaufnahme könne nicht "in allen Beziehungen mit dem Auge kontrolliert" ¹⁷²⁾ werden. Soweit lediglich die äußere Beschaffenheit des Tonbandes untersucht werden soll, kann dies ebenso wie bei maschinen- und handgeschriebenen Urkunden mit Hilfe des Gesichtssinnes geschehen. Die Kontrolle des Tonbandinhaltes durch das Auge scheidet allerdings aus. Sie kann jedoch, wie wir gesehen haben, mit Hilfe des Gehörs erfolgen. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die durch das Gehör zu bewerkstelligende Inhaltskontrolle bei Tonbandaufnahmen sich nicht so einfach durchführen läßt, wie die Inhaltskontrolle bei Urkunden, die mit dem Auge durchgeführt werden kann, zumal bei Zweifeln an der Unverfälschtheit der Aufnahme regelmäßig ein Sachverständiger zuzuziehen sein wird.

3) Die tatsächlich gegebene Fälschungsmöglichkeit der Tonbandaufnahme vermag nach allem ihre generelle Beweiswertigkeit nicht derart herabzusetzen, daß sie deshalb als Urkundenbeweismittel auszuschneiden hätte. Einerseits ist die Gefahr der Verfälschung bei Tonbandaufnahmen nicht größer, andererseits die Möglichkeit, eventuelle Fälschungen festzustellen, nicht wesentlich geringer als bei Urkunden im herkömmlichen Sinne. Auch die Feststellbarkeit der Herkunftsidetitt und die Möglichkeit der Inhaltskontrolle sind bei der Tonbandaufnahme gegeben. Sie ist daher nicht so wesensverschieden von den bisher gebräuchlichen Urkunden, daß ihre Verwendung im Urkundenbeweis abgelehnt werden müßte. Tonbandaufnahmen sind mithin als Urkunden anzusehen, soweit sie als Mittel menschlicher Gedankenäußerungen bei der Sachaufklärung benutzt werden sollen.

172) JZ 1956, 207, vgl. auch Gedächtnisschrift, S. 631; ferner Hegler, Der Rechtsgang, Bd. 2, S. 279 Anm. 8 (S. 280).

VI.

Mit der Anerkennung der Tonbandaufnahme als Urkunde sind zwei nicht unbedeutende positive Nebenwirkungen materiellrechtlicher bzw. prozessualer Art verbunden.

1) Betrachtet man die Tonbandaufnahme als Urkunde, so kommt ihr der materielle strafrechtliche Schutz zustatten, den die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches durch ihre Strafandrohungen für Urkundendelikte den Urkunden angedeihen lassen. Dieser Schutz entfällt, wenn man, wie Eb. Schmidt grundsätzlich annimmt, die Tonbandaufnahme nicht als Träger eines Gedankeninhalts, sondern lediglich als Verkörperung des dem Augenschein zugänglichen Klanges der früher gesprochenen Worte auffaßt, denn auch Urkunde im strafrechtlichen Sinne kann nur ein Träger menschlicher Gedankenäußerungen sein¹⁷³⁾.

Allerdings greift er auch dann Platz, wenn man mit Siegert¹⁷⁴⁾ die Tonbandaufnahme zwar als Augenscheinsobjekt im strafprozessualen Sinne ansieht, aber ihre Eigenschaft als Mittler einer menschlichen Gedankenäußerung nicht in Abrede stellt, sofern die weiteren Erfordernisse des strafrechtlichen Urkundenbegriffs vorliegen.

Der strafrechtliche Schutz würde sich dann im einzelnen folgendermaßen gestalten:

Nach § 274 Nr. 1 StGB setzt sich der Bestrafung aus, wer eine ihm nicht oder nicht ausschließlich gehörende Tonbandaufnahme in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt. Erstrebt der Täter nicht nur die Beseitigung des Tonbandes, sondern verändert er ihren Inhalt, um mit der verfälschten Aufnahme im Rechtsverkehr zu täuschen, so handelt es sich um ein Verfälschen einer echten Urkunde im Sinne von § 267 Abs. 1 StGB¹⁷⁵⁾. Ebenfalls ist nach dieser Bestimmung zu bestrafen, wer zu demselben Zweck eine Tonbandaufnahme bespricht und dabei auf dem Tonband einen anderen als den Urheber der Erklärung bezeichnet, sowie derjenige, welcher von einer solchen "unechten" oder "verfälschten" Tonbandaufnahme zur Täuschung im Rechtsverkehr Gebrauch macht. Eine Strafschärfung tritt gemäß § 348 Abs. 2 StGB dann ein, wenn ein Beamter im Sinne von § 359 StGB eine Tonbandaufnahme vorsätzlich vernichtet, beiseite schafft, beschädigt oder verfälscht. Die genannten Vorschriften greifen aber nur dann ein, wenn die betreffenden Tonband-

173) LK II, Erl. 79 zu § 244; Gedächtnisschrift, S. 631; vgl. dazu oben S. 30.

174) NJW 1957, 690/91; vgl. dazu oben S. 24 f.

175) ebenso Siegert, Der Mißbrauch, S. 36, ders. Tonbandaufnahmen, S. 89; Sarstedt, JR 1956, 125, 1. Sp.; Gerstenberg BB 1956, 864; Kohlhaas NJW 1957, 83, 2. Sp.

aufnahmen die nach dem strafrechtlichen Urkundenbegriff erforderliche Beweisbestimmung besitzen, das heißt, wenn der Gedankeninhalt der Tonbandaufnahme dazu bestimmt ist, im Rechtsverkehr eine Tatsache zu erweisen¹⁷⁶⁾. Der Urkundenbegriff des § 267 StGB verlangt darüber hinaus, daß die zu beweisende Tatsache rechtserheblich ist, das heißt für die Entstehung, Erhaltung, Veränderung oder das Erlöschen öffentlicher oder privater Rechte oder Rechtsverhältnisse Bedeutung besitzt¹⁷⁷⁾. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so bietet - allerdings nur in beschränktem Umfange - der Sachbeschädigungsstatbestand des § 303 Abs. 1 StGB eine Handhabe, nämlich in den Fällen der Vernichtung oder Beschädigung fremder Tonbänder sowie bei deren inhaltlicher Veränderung, die nach dem von der herrschenden Meinung vertretenen Begriff der "Beschädigung" bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen wohl als tatbestandsmäßige Sachbeschädigung im Sinne von § 303 Abs. 1 StGB anzusehen ist¹⁷⁸⁾.

2) Eine weitere günstige Auswirkung - und zwar in prozessualer Hinsicht - zeitigt die Bejahung der Urkundeneigenschaft der Tonbandaufnahme insofern, als sie zur Unterstellung des Beweises mittels Tonbändern unter die strengen Vorschriften des Urkundenbeweises der §§ 249 ff. StPO führt¹⁷⁹⁾. Durch diese Bestimmungen wird die Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken in ihrem Umfang genau umgrenzt und damit in rechtlich geordnete Bahnen gelenkt.

a) Die in den §§ 250 ff. StPO enthaltenen Beschränkungen, die den Urkundenbeweis einerseits völlig ausschließen, andererseits diesen nur unter eng begrenzten Voraussetzungen zulassen, beziehen sich jedoch nicht auf alle für den Urkundenbeweis in Betracht kommenden Urkunden. Nicht betroffen werden von diesen Beweisverboten die sogenannten Dispositivurkunden. Unstreitig können diese ohne jede gesetzliche Einschränkung verlesen werden¹⁸⁰⁾. Unter Dispositivurkunden sind solche Urkunden zu verstehen, die den rechtserheblichen Vorgang selbst verkörpern, die m.a.W. diesen zur "Evidenz und Existenz"¹⁸¹⁾ bringen. Ihr Inhalt besitzt unmittelbare materielle Erheblichkeit, wie z.B. bei einem Drohbrief die Drohung. Soweit die Tonbandaufnahme zu dieser Kategorie

176) Vgl. Schönke-Schröder, § 274, II, 1a u. § 348, III, 2 a.

177) Vgl. Schönke-Schröder, § 267, III, 2 d; ferner RGSt 7, 47 ff. (51); 53, 267 f. (268).

178) Danach liegt eine "Beschädigung" nicht nur im Falle der Substanzverletzung vor, sondern auch bei erheblicher Beeinträchtigung der Brauchbarkeit einer Sache, vgl. dazu Schönke-Schröder, § 303, IV, 1 und die dort zitierten Autoren. Mit Recht bejaht daher Merkel, NJW 1956, 778, im Gegensatz zu Gerstenberg, NJW 1956, 540, das Vorliegen einer Sachbeschädigung, wenn ein Tonband durch seine inhaltliche Veränderung - die in dem von Gerstenberg besprochenen Fall im Einstreuen von knackenden Geräuschen in ein auf Band gesprochenes Hörspiel bestand - für seine bestimmungsgemäße Verwendung unbrauchbar gemacht wird.

179) Ebenso Kohlhaas, DRiZ 1955, 82 f.; ders. NJW 1957, 83; Alsberg-Nüse, S. 271.

180) Vgl. dazu etwa Eb. Schmidt, LK II, Erl. 1 ff. zu § 249; Groth, Der Urkundenbeweis, S. 18; BGHSt 6, 209 ff. (212).

181) v. Kries, S. 413.

von Urkunden zählt, steht ihrer Verwendung im Urkundenbeweis mithin nichts im Wege.

Zu unterscheiden von den Dispositivurkunden sind die sogenannten Berichtsurkunden. Diese enthalten das strafrechtlich bedeutsame Ereignis nicht selbst, sondern beschränken sich darauf, die Wahrnehmung zu schildern, die eine Person von diesem gemacht hat¹⁸²⁾, wie z.B. ein Vernehmungsprotokoll, das einen von einer Beweisperson beobachteten Verkehrsunfall darstellt. Die berichtende Urkunde beweist mithin lediglich Indizien, die einen Schluß auf strafrechtlich unmittelbar erhebliche Tatsachen gestatten. Ausgehend von der Erkenntnis, daß das Gericht im Falle der unmittelbaren Vernehmung der Wahrnehmungsperson von den zu beweisenden Tatsachen einen zuverlässigeren Eindruck zu gewinnen vermag, schreibt die Strafprozeßordnung in § 250 vor, daß die unmittelbare Vernehmung derselben grundsätzlich nicht durch die Vorlesung derartiger Berichtsurkunden ersetzt werden darf¹⁸³⁾. Auch Tonbandaufnahmen, die lediglich die Darstellung über den Hergang eines strafrechtlich relevanten Ereignisses enthalten, scheiden somit in der Regel als Beweismittel aus.

b) Da eine strenge Befolgung des Unmittelbarkeitsprinzips des § 250 StPO oftmals zu Beweisverlusten führen würde, läßt die StPO in eng begrenzten Ausnahmefällen die Ersetzung der unmittelbaren Aussage durch die Verlesung von Berichtsurkunden zu. Im Bereich dieser Berichtsurkunden sind des näheren zwei Gruppen voneinander zu unterscheiden: die amtlichen Vernehmungsprotokolle und die von Beweispersonen stammenden schriftlichen Erklärungen. Letztere können nach § 251 Abs. 2 StPO im Falle der Unerreichbarkeit der Beweisperson, welche die Wahrnehmung gemacht hat, anstelle deren persönlicher Aussage im Wege des Urkundenbeweises zur Urteilsgrundlage gemacht werden. Befindet sich die rechtlich bedeutsame Erklärung auf einem Tonband, so steht auch ihrer Verwendung unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO nichts im Wege¹⁸⁴⁾. Ob die Tonbandaufnahme in den Fällen der §§ 232, 233, 251, 254 StPO, in denen die beweismäßige Benutzung von Vernehmungsprotokollen ausnahmsweise gestattet ist, Verwendung finden kann, hängt von der in dem sich anschließenden Abschnitt zu prüfenden Frage ihrer Protokollqualität ab.

182) Vgl. statt vieler Eb. Schmidt, LK II, § 249 Erl. 4, ferner Alsberg-Nüse, S. 304/305.

183) In diesem Sinne wird bereits in den Motiven (Hahn, Mat. I, S. 193) ausgeführt: "Mit Recht wird es als ein Mangel der bestehenden deutschen Gesetzgebungen bezeichnet, daß sie die Verlesung von Schriftstücken in der Hauptverhandlung in einem Umfange gestattet, welcher mit dem Grundsatz der Mündlichkeit (lies: Unmittelbarkeit) nicht übereinstimmt und darum nicht selten Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Urteilsprüche erweckt". Vgl. ferner Groth, Der Urkundenbeweis, S. 23; v. Hippel, S. 393; Alsberg-Nüse, 268/69.

184) Zutreffend Kohlhaas, DRiZ 1955, 83, 2.Sp., ders. NJW 1957, 83; ebenso wohl auch Alsberg-Nüse, S. 270/71. - A.A. Eb. Schmidt, LK II, § 251 Erl. 6.

Zweiter Abschnitt: Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken,
die im Rahmen des Ermittlungsverfahrens durch Vernehmungsbeamte rechtmäßig¹⁾
angefertigt worden sind

§ 1. Das Tonband als Vernehmungsprotokoll

I.

Wegen der mannigfachen praktischen Vorteile²⁾, die das Tonband für die Durchführung der Ermittlungstätigkeiten durch die Strafverfolgungsbehörden bietet, ist man insbesondere in Polizeikreisen der Ansicht, daß die Polizeidienststellen mit Tonbandgeräten ausgestattet werden müssen³⁾. Wie sich aus verschiedenen Veröffentlichungen⁴⁾ seitens Angehöriger der Polizei ergibt, wurde diese Forderung auch schon teilweise in die Tat umgesetzt. Soweit ersichtlich, sind dagegen bei Staatsanwaltschaften und Gerichten Tonbandgeräte bisher kaum in Gebrauch genommen worden⁵⁾.

1) Werden Tonbandgeräte lediglich für behördeninterne Zwecke, wie z.B. zur Aufnahme von Diktaten oder Besprechungen verwendet, so kann hiergegen nichts eingewendet werden. Rechtliche Bedenken sprechen auch nicht gegen offene, ohne Zwang durchgeführte Aufnahmen von Vernehmungen im Rahmen des Vorverfahrens, welche lediglich als Hilfsmittel zur Vorbereitung der schriftlichen Vernehmungsprotokolle⁶⁾ oder als Erkenntnismittel bei der Entschliebung der Staatsanwaltschaft über Anklage oder Nichtanklage gedacht sind. Zutreffend hebt Henkel⁷⁾ hervor, daß es der "strengen Garantien der Wahrheitsfindung, die für die richterliche Entscheidung vorausgesetzt sind, nämlich die Unmittelbarkeit der Wahrheitserforschung, die Beschränkung auf bestimmte, zugelassene Beweisarten und die Förmlichkeit ihrer Verwertung" für die staatsanwaltschaftliche Entschliebung nicht bedarf. Um sich über Schuld oder Nichtschuld eines Tatverdächtigen schlüssig zu werden, stehen der Staatsanwaltschaft mithin mehr

1) d.h. im Einverständnis mit dem Vernommenen zustandegekommen sind; vgl. hierzu unten S. 63ff.

2) Hierzu ausführlich unten S. 45 ff.

3) Vgl. Höfler, Krim. 1954, 237, 2. Sp.; Aeppli, ebenda, 1954, 174; Schober, ebenda, 1954, 290; Meinert, 247; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 72, ders. PolPrax 1957, 25, 1.Sp.

4) Vgl. Anm. 3.

5) Melzner, DRiZ 1957, 62 berichtet, daß seit 1.3.1957 beim Amtsgericht Berlin-Tiergarten Tonbandgeräte zur Verfügung stehen, die dem Strafrichter ermöglichen sollen, zu Zwecken der Selbstkontrolle die ganze Sitzung auf Tonband aufzunehmen.

6) Zutreffend Schulz, PolPrax. 1954, 114/15; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 639; vgl. auch Höfler, 1954, 236; Aeppli, a.a.O., S. 174, 2. Sp. a.E. und Klotz, Pol. 1954, S. 31, 1. Sp.; Leiber, PolPrax 1957, 25/26, 1.Sp.

7) JZ 1957, 152.

Möglichkeiten offen als dem erkennenden Gericht⁸⁾.

2) Unter Hinweis auf die fortschrittliche Einstellung ausländischer Staaten⁹⁾ wird von Praktikern des Polizeidienstes über die interne Verwendung von Tonbandaufnahmen hinausgehend vielfach gefordert, Vernehmungen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen im Vorverfahren statt in der Form des bisher üblichen schriftlichen Protokolls ausschließlich auf Tonband aufzunehmen¹⁰⁾. Zweifellos würde auf diese Weise die tägliche Aufgabe der Verhørsbeamten wesentlich erleichtert, denn diesen bliebe sodann die oft schwierige und zeitraubende schriftliche Niederlegung der Aussage der vernommenen Personen erspart¹¹⁾. Es bleibt indessen zu bedenken, ob die aus der Sicht des Vernehmungsbeamten begrüßenswerte Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch ein derartiges "Tonbandprotokoll" sich auch für Staatsanwalt und Richter als förderlich erweist, denn bekanntlich sind der Staatsanwalt bei der Vorbereitung der öffentlichen Anklage und der Richter bei seiner Tätigkeit im Zwischen- sowie im Hauptverfahren weitgehend auf die Ermittlungsprotokolle angewiesen.

3) Viel wichtiger als all diese später noch näher zu prüfenden Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte ist jedoch die Frage, ob die Strafprozeßordnung die Verwendung von Tonbandaufnahmen durch Polizei, Staatsanwaltschaft und den kommissarischen Richter anstelle des schriftlichen Vernehmungsprotokolls überhaupt gestattet. Diese Frage der rechtlichen Zulässigkeit - die in Veröffentlichungen von Vertretern der Polizei allzu schnell im bejahenden Sinne beantwortet wird¹²⁾ - ist in erster Linie zu untersuchen¹³⁾, denn nur wenn die Verwendung der Tonbandaufnahme als Protokoll vom Boden des geltenden Rechts aus als statthaft erachtet werden kann, hat es Sinn, Erwägungen darüber anzustellen, ob es sich letztlich auch als zweckmäßig erweist, das schriftliche Protokoll durch das Tonbandprotokoll zu ersetzen¹⁴⁾. Gelangt man

8) So ist es dieser beispielsweise nicht verwehrt, richterliche Protokolle bei ihrer Ermittlungstätigkeit zu benutzen, deren Verlesbarkeit nach §§ 251 Abs. 1, 254 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung wegen Fehlens der Unterschriften des Verhørsrichters oder des Urkundsbeamten (RGSt 41, 216 ff.: 53, 106 ff.) ausgeschlossen ist, vgl. Gerland, S. 322.

9) Vgl. Haslund, Krim. 1954, 269 und Aeppli, ebenda, 1954, 173, die berichten, daß in Dänemark und in den USA Tonbandgeräte bereits weitgehend zu Protokollierungszwecken verwendet werden. Vgl. hierzu auch Sendler, S. 31 Anm.1 und die dort zitierte amerikanische, französische und österreichische Literatur.

10) Vgl. jedoch Schober, a.a.O.; Höfler, a.a.O., S. 237, die im Gegensatz dazu die Beseitigung des überkommenen Protokollierungssystems nicht für angebracht halten.

11) Vgl. Hellwig, Krim.Mon. 1935, 145, 1.Sp.; Höfler, a.a.O., S. 236; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 72; ders. PolPrax 1957, 25, 1.Sp.

12) Vgl. Höfler, a.a.O. S. 236; Schulz, a.a.O., S. 115.

13) Zur Zweckmäßigkeitsfrage vgl. unten S. 45 ff.

14) Vgl. zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit insbesondere unten S. 42 ff.

zu dem Ergebnis, daß die Tonbandaufnahme de lege lata aus rechtlichen Gründen als Protokollersatz nicht in Betracht kommt, so gewinnen allerdings die Zweckmäßigkeitserwägungen hinsichtlich der Frage Bedeutung, ob eine Gesetzesänderung anzustreben ist, welche die Verwendung von Tonbändern anstelle des schriftlichen Protokolls ermöglicht.

II.

Die Verwendung von Tonbandaufnahmen von Vernehmungen in der Hauptverhandlung ist auf verschiedene Weise denkbar.

Gleich dem schriftlichen Protokoll kommt die Tonbandaufnahme zunächst als formelles B e w e i s m i t t e l in Betracht, und zwar vermag sie nach obigen Ausführungen sowohl Augenscheins- als auch Urkundenbeweis zu liefern. Gegen ihre "Verlesung" gem. § 249 StPO bestehen daher jedenfalls keine Bedenken, soweit durch die Beweiserhebung nicht die Richtigkeit der von der Aussageperson geschilderten Wahrnehmung, sondern das bloße Vorhandensein einer Aufnahme bestimmten Inhalts, also nur die Tatsache der Erklärung, bewiesen werden soll¹⁵⁾. Demgegenüber kann jedoch zum Beweis von Wahrnehmungstatsachen die Tonbandaufnahme innerhalb der vom Gesetzgeber zugelassenen Grenzen nur dann verwendet werden, wenn sie die Wesensmerkmale eines Vernehmungsprotokolls besitzt.

Außer als Beweismittel vermag die Tonbandaufnahme bei der Beweisaufnahme auch als bloße B e w e i s h i l f e , d.h. als Mittel zu Vorhaltungen gegenüber Beweispersonen zur Förderung deren Aussagen verwendet zu werden.

1) a) Gegen die Verwendung von Tonbandaufnahmen zu Zwecken des V o r h a l t s können rechtliche Bedenken nicht geltend gemacht werden¹⁶⁾, auch dann nicht,

15) Vgl. dazu etwa Alsberg-Nüse, S. 271; Schwarz, § 250 Anm. 1 B; RGSt 39, 258 ff. (259).

16) Ebenso Kohlhaas, NJW 1957, 84; Röhl, Tonbandaufnahmen, S. 82; Henkel, ebenda, S. 83; Siegert, NJW 1957, 691, 2.Sp. - Die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Vorhaltungen aus Urkunden oder sonstigen Aktenbestandteilen wird nicht einheitlich beantwortet. Die Rechtsprechung und auch der Überwiegende heil des Schrifttums erkennen den Vorhalt als zulässiges Mittel der Wahrheitserforschung an, vgl. etwa RGSt 23, 58 ff. (59); 59, 144 ff. (145f); 61, 72 ff. (74); 69, 88 ff. (89); BGHSt 1, 4 ff. (8); 1, 337; 3, 199 ff. (201); 3, 281 ff. (285); 5, 278 ff. (279); 6, 141; Löwe-Rosenberg, § 249 Anm. 16, § 254 Anm. 8; KMR (1954) § 249 Anm. 3, § 250 Anm. 1 d; Schwarz § 249 Anm. 2 a b; Bennecke-Beling S. 342; Beling, S. 318; Henkel S. 375 Anm. 4; Gerland S. 214; Alsberg-Nüse S. 285 ff.; Groth, S. 63; Schneidewin JR 1951, 482 f. Allerdings lehnen Eb. Schmidt LK II § 250, Erl. 7, und ihm folgend Stahl, S. 36 ff. den Vorhalt in der Form der V e r l e s u n g ab. Gegen den Vorhalt überhaupt wendet sich v. Hippel, S. 324. Auch Niese, JZ 1953, 598, spricht sich gegen die Zulässigkeit des Vorhalts aus. Er erachtet die Unterscheidung der Praxis zwischen Vorhalt und Urkundenbeweis als "gekünstelt und praktisch undurchführbar". - Den Gegnern des Vorhalts ist zwar zuzugeben, daß der Vorhalt in Form der V e r l e s u n g bei den Laienbeisitzern kollegial besetzter Strafgerichte den

wenn man die Protokolleigenschaft des Tonbandes ablehnt. Im Unterschied zum Urkundenbeweis wird nämlich beim Vorhalt nicht der gedankliche Inhalt der Tonbandaufnahme zum Verhandlungsgegenstand gemacht. Teil der Beweisgrundlage wird vielmehr ausschließlich die Erklärung, welche die Auskunftsperson auf den Vorhalt hin abgibt¹⁷⁾. Es ist daher auch nicht erforderlich, daß der Aktenbestandteil, aus dem der Vorsitzende den Stoff für den Vorhalt entnimmt, ein verlesbares¹⁸⁾ Protokoll darstellt. Auch eine etwa bei den Akten befindliche Tonbandaufnahme über Vernehmungen kann mithin zu Zwecken des Vorhalts herangezogen werden.¹⁹⁾

b) Unter Hinweis auf § 253 StPO - der mit den von ihm zugelassenen Teilverlesungen zwecks Gedächtnisstützung oder Widerspruchsfeststellung nichts anderes als den Vorhalt meint²⁰⁾ - lehnt Eb. Schmidt²¹⁾ die Verwendung von Tonbandaufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren zum Vorhalt ab, weil sie einmal der "unmittelbaren Evidenz" entbehre, ferner weil es nicht möglich sei, die Tonbandwiedergabe auf den betreffenden Teil der Vernehmung, der für die Widerspruchsfeststellung bzw. Gedächtnisunterstützung erforderlich ist, zu beschränken.

Irrtum hervorrufen kann, sie dürften den Inhalt des verlesenen Schriftstücks bei der Bildung ihrer richterlichen Überzeugung verwerten. Dieser möglichen Gefahr kann der Vorsitzende jedoch entgegenwirken, indem er bei Vorhaltungen in Form der wörtlichen Verlesung die Prozeßbeteiligten darauf hinweist, daß es sich hierbei nicht um einen Urkundenbeweis handelt. (So zutreffend Löwe-Rosenberg, § 249 Anm. 16, Alsberg-Nüse, S. 288, Anm. 43 b). Meist wird jedoch der Laienbeisitzer schon selbst aus der Art der Verlesung erkennen können, daß es sich bei ihr nicht um die Führung eines Urkundenbeweises handelt. In aller Regel wird in der Praxis die Verlesung auf eine bestimmte, mehr oder weniger eng begrenzte Stelle aus einer Urkunde oder aus einem sonstigen Aktenbestandteil beschränkt. Solange so verfahren und die Verlesung zum Zwecke des Vorhalts nicht auf die gesamte Urkunde ausgedehnt wird, bestehen m.E. gegen den Vorhalt in der Form der Verlesung keine Bedenken.

- 17) Vgl. etwa Alsberg-Nüse, S. 285 f.; Eb. Schmidt, LK II, § 250, Erl. 7; Löwe-Rosenberg, § 249 Anm. 16; KMR, § 249, 3a; Bennecke-Beling, S. 342; BGHSt 6, 141 ff. (143).
- 18) Vgl. Löwe-Rosenberg § 249 Anm. 16; BGH-Urt. v. 19.12.1950 - 1 StR 26/50, BGH LM Nr. 2 zu § 250 (= NJW 1951, 206, Leitsatz): so neuerdings auch Eb. Schmidt, LK II, § 250, Erl. 7, unter Aufgabe seiner früher, LK II Nr. 363 Anm. 182, vertretenen Auffassung, daß ein formfreier Vorhalt nur aus verlesbaren Urkunden zulässig sei.
- 19) So auch BGH-Urt. v. 12.1.56 - 3 StR 626/54.
- 20) Zutreffend Eb. Schmidt, LK II, §§ 250, Erl. 9, 253 Erl. 10, der aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift sowie aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 folgert, daß die nach § 253 statthafte Teil-"Verlesung" nur die Bedeutung eines Vorhaltes und nicht diejenige des Urkundenbeweises haben kann, da anderenfalls das grundlegende Prinzip der Unmittelbarkeit völlig aus den Angeln gehoben würde. Siehe dazu näher LK II, § 253 Erl. 6 ff., Gedächtnisschrift, S. 633 ff., JZ 1956, 208. Gleicher Ansicht dürften Peters, S. 251 und v. Hippel, S. 392, 424 sein. - A.A. Die herrschende Lehre, vgl. etwa RGSt 20, 220 ff. (221); 59, 146 ff. (148); BGHSt 3, 199 ff. (201) und 201 ff. (283); BayObLG 1953, 215; Löwe-Rosenberg, § 253 Anm. 3; Erbs, Vorb. II, D vor § 249; KMR § 253, Anm. 1, 2; Alsberg-Nüse, S. 342; Schneidewin, JR 1951, 484 u.a. 21) Gedächtnisschrift, S. 635 f.

aa) Es trifft zwar zu, daß "unmittelbare Evidenz" in dem Sinne, daß sich der Urheber der Erklärung anhand einer Unterschrift feststellen läßt, bei der Tonbandaufnahme nicht gegeben ist. Dies ist aber für Urkunden, die lediglich zu Vorhaltungen herangezogen werden sollen, auch nicht erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BGH²²⁾ ist selbst die Verlesung von nichtrichterlichen Protokollen statthaft, welche der Unterschrift des Einvernommenen entbehren. Viel weniger kann daher bei Urkunden, die nicht einmal im Urkundenbeweis, sondern lediglich als Beweishilfe verwendet werden sollen, die Verwendbarkeit vom Unterschriftserfordernis abhängig gemacht werden. Es muß vielmehr genügen, wenn die Identität des Bandsprechers mit demjenigen, dem der Vorhalt gemacht werden soll, sonstwie, etwa durch einen Aktenvermerk oder durch eine Erklärung auf dem Band, ermittelt werden kann. Fehlen derartige Hinweise auf die Person des Sprechers, so bleibt als ultima ratio der Stimmenvergleich.

bb) Als nicht durchschlagend erweist sich auch der Einwand, daß die Tonbandwiedergabe prozeßordnungswidrig sei, weil keine Möglichkeit bestehe, den Vorhalt ausschließlich auf den interessierenden Teil der früheren Zeugen- oder Sachverständigenaussage zu beschränken. Zutreffend weist Eb. Schmidt darauf hin, daß der Vorhalt gemäß § 253 StPO eng zu begrenzen ist, um zu vermeiden, daß der Vorhalt den Anschein eines Urkundenbeweises erhält²³⁾. Diese in § 253 StPO ausgesprochene, für jede Art von Vorhalt²⁴⁾ gültige Forderung läßt sich bei Tonbandurkunden ebenso gut wie bei schriftlichen Urkunden verwirklichen.

Trotz des Mangels der Überfliegbarkeit von Tonbandaufzeichnungen ist es praktisch möglich, entsprechend der Teilverlesung bei schriftlichen Protokollen die Wiedergabe des Tonbandinhalts im Sinne von § 253 Abs. 1 auf einen im konkreten Fall interessierenden Einzelteil zu beschränken. Mit Hilfe eines besonderen, jeder Aufnahme beizufügenden, stichwortartig abgefaßten²⁵⁾ Inhaltsverzeichnis, das einen Überblick über die einzelnen Vernehmungspunkte mit genauer Angabe der Vernehmungszeit (z.B. Täterbeschreibung 10. bis 14. Minute) gibt, lassen sich diese einfach und schnell aus der gesamten Aufnahme herausgreifen. Beim Aufsuchen der gewünschten Stelle läßt man das Tonband mit übersetzter Geschwindigkeit stumm abrollen, bis der Zeiger eines eigens hier-

22) BGHSt 5, 214 ff.

23) LK II, § 250, Erl. 7; vgl. auch Kohlhaas, NJW 1957, 84, der vor einem in eine "getarnte Verlesung" ausartenden Bandvorhalt warnt.

24) Sei es in Form der Teilverlesung gegenüber Zeugen oder Sachverständigen (§ 253), sei es in Gestalt der "vom Vorsitzenden frei gestalteten gedanklichen Wiedergabe", LK II, § 250, Erl. 8, des Akteninhalts gegenüber beliebigen Auskunftspersonen.

25) Eine wortwörtliche Übertragung von auf Band festgehaltenen Vernehmungen in Maschinenschrift, wie Kohlhaas DRiZ 1955, 82/84, NJW 1957, 84, dies verlangt, ist im Falle einer umfangreichen Verwendung des Tonbandes nicht zu empfehlen, da dies zu einer übermäßigen Beanspruchung der behördlichen Schreibkräfte führen würde, ebenso Röhl, JZ 1956, 592; Henkel, JZ 1957, 154 Anm. 34.

für angebrachten Zählwerkes die gesuchte Vernehmungsminute anzeigt²⁶⁾. Die Gefahr, daß den Prozeßbeteiligten zu viel von dem Inhalt der früheren - als Beweisgrundlage unwertbaren - Aussage durch Abspielen des Bandes zur Kenntnis gelangt, wird auf diese Weise ausgeschlossen²⁷⁾.

Vom Vorhalt in der Form der wörtlichen Verlesung wird zudem in der Praxis seltener Gebrauch gemacht. Meist erfolgen die Vorhaltungen in der Weise, daß der mit genauester Aktenkenntnis ausgestattete Vorsitzende die Aussageperson in Fällen des Erinnerungsmangels oder Widerspruchs darauf hinweist, sie habe im Ermittlungsverfahren diese oder jene Angaben gemacht. Erst wenn die Aussageperson die Richtigkeit des Vorhaltes bestreitet und der Vorsitzende auch durch die Anhörung des Verhørsbeamten keine Klarheit in diesem Punkte sich zu verschaffen vermag, wird die Tonbandvorführung erforderlich, die sich gerade zu diesem Zweck als besonders nützlich erweist²⁸⁾. Die teilweise Reproduktion des Tonbandinhaltes in der Hauptverhandlung zwecks Vorhalts bildet daher die Ausnahme.

2) Während sonach gegen die Benutzung von Tonbandaufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren zu Vorhaltungen keine prozessualen Bedenken bestehen, fragt es sich jedoch, ob Tonbandaufnahmen auch in den Ausnahmefällen der §§ 251, 254, 232, 233 StPO zur Ersetzung der unmittelbaren Aussage von Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen im U r k u n d e n b e w e i s verwendet werden können.

a) Wie oben dargelegt, besitzt eine durch ihren Gedankeninhalt beweisende Tonbandaufnahme Urkundeneigenschaft und kann demzufolge zur Beweiserhebung nach § 249 StPO verwendet werden. Sie ist daher an sich auch geeignet, prozessuale Erklärungen aus dem Vorverfahren dem erkennenden Gericht zu übermitteln, die - wie sich aus den Bestimmungen der §§ 250 S. 1, 251, 253, 254 StPO deutlich ergibt - ausschließlich im Wege der unmittelbaren Aussage einer Beweisperson oder im Wege des Urkundenbeweises - also nicht durch Augenschein - in den Prozeß eingeführt werden können²⁹⁾. Jedoch stellt das Gesetz an diejenigen Urkun-

26) Vgl. hierzu Aeppli, a.a.O., S. 173; Röhl, a.a.O., S. 592.

27) In diesem Sinne auch Kohlhaas, NJW 1957, 84.

28) Ebenso Kohlhaas, a.a.O.

29) Ebenso Eb. Schmidt, LK II, § 244, Erl. 80, Gedächtnisschrift, S. 632, JZ 1956, 207; - A.A. offenbar Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, NJW 1957, 83, der darauf hinweist, daß sich nur im Falle der Unterstellung der Tonbandaufnahme unter die strengen Urkundenvorschriften eine übermäßige Verwendung der Tonbandaufnahme in der Hauptverhandlung vermeiden lasse; ebenso Alsberg-Nüse, S. 270 f. Anscheinend hält auch der BGH 1 StR 11/54 = JZ 1956, 227 die Übermittlung prozessualer Erklärungen (Geständnis) aus dem Ermittlungsverfahren durch Augenscheinsobjekte für möglich. Wenn er auch die Frage der Beweis-mittelqualität des Tonbandes grundsätzlich noch offengelassen hat, so ergibt sich diese Annahme jedoch aus seinem Vergleich des Tonbandes mit Lichtbildern. Die Übermittlung prozessualer Erklärungen im Wege des Augenscheinsbeweises hält ferner Sandler, S. 31 Anm. 1, für möglich.

den, die dem Beweis solcher prozessualen Erklärungen dienen sollen, besondere Anforderungen:

1. Es muß sich bei diesen Urkunden um **Protokolle** handeln³⁰⁾. Protokolle sind öffentliche Urkunden, die sich von den gewöhnlichen Urkunden dadurch unterscheiden, daß sie mit den Unterschriften der Urkundspersonen und bei Vernehmungsprotokollen grundsätzlich auch mit der Unterschrift des Einvernommenen versehen sein müssen³¹⁾. Im Hinblick auf richterliche Vernehmungsprotokolle ist dies in den §§ 187, 188 StPO ausdrücklich geregelt, während entsprechende Beurkundungsvorschriften für nichtrichterliche, nämlich die polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Protokolle, fehlen. In der Praxis werden jedoch die für die Aufnahme richterlicher Protokolle vorgesehenen Formen, abgesehen von der Zuziehung eines zweiten Urkundsbeamten, durchweg auch bei nichtrichterlichen Protokollen eingehalten³²⁾.

2. Abgesehen vom Fall des § 251 Abs. 2 müssen die verlesbaren Protokolle zudem von einem **Richter** unter Zuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle aufgenommen worden sein. Polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Protokolle können somit in den oben genannten Ausnahmefällen grundsätzlich nicht zum Beweise der Richtigkeit der von der Aussageperson wahrgenommenen Tatsachen verwendet werden.

Beim "Tonbandprotokoll" fehlen naturgemäß die Unterschriften. Es ermangelt daher der unmittelbaren Evidenz der Person des Erklärenden, die das Gesetz nach § 188 Abs. 3 StPO für Vernehmungsprotokolle zwingend vorschreibt³³⁾. Mit- hin kann die Tonbandaufnahme in ihrer Gestalt als bloßer Tonträger nach den geltenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung als **Protokoll nicht verwendet werden**³⁴⁾.

30) Vgl. §§ 232 Abs. 3, 233 Abs. 3, 251 Abs. 1, 254 Abs. 1.

31) Dies ergibt sich deutlich aus §§ 168, 188 Abs. 1 u. 3, 271.

32) Vgl. hierzu etwa Meinert, S. 242. Ist die Beurkundungsform des § 188 Abs. 1 bzw. 3 nicht gewahrt, so bedeutet dies eine Minderung des Beweiswertes des betreffenden nichtrichterlichen Protokolls, vgl. BGHSt 5, 214 ff. (214).

33) Zutreffend Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 632/33, JZ 1956, 206. Solche unmittelbare Evidenz ist jedoch nur bei amtlichen Vernehmungsniederschriften, nicht auch bei gewöhnlichen Urkunden erforderlich, vgl. hierzu oben S. 29 f.

34) So die überwiegende Ansicht, vgl. Aeppli, Krim. 1954, 174; Kohlhaas, DRiZ 1955, 83, 2. Sp., ders. NJW 1957, 83, 2. Sp.; Meinert, S. 235; Siegert, NJW 1957, 691; Henkel, JZ 1957, 153/54, ders. Tonbandaufnahmen, S. 53/54. - A.A. LG Trier, Urt. v. 23.9.1953 - 2 Kls 10/53-II 141/53, Akts. 7/8. - Vom Standpunkt derjenigen, die jede Beweisführung mittels Tonbandes der Kategorie des Augenscheinsbeweises zuordnen (vgl. oben S. 18 f.), ergibt sich die Verneinung der Protokolleigenschaft als eine zwingende Konsequenz. Denn ist die Tonbandaufnahme keine Urkunde, so kann sie erst recht kein Protokoll sein.

b) Die insoweit bestehende Gesetzeslücke kann nur im Wege einer Gesetzesänderung geschlossen werden³⁵⁾. Diese wiederum ist aber allenfalls dann zu empfehlen, wenn sich die Verwendung von Tonbandprotokollen als zweckmäßig erweist. Eine Gesetzesänderung in Form einer völligen Beseitigung des Unterschriftenerfordernisses³⁶⁾ wäre indessen de lege ferenda keineswegs wünschenswert, da einerseits auf die Unterschrift des Vernommenen wegen der bei Vernehmungsprotokollen nicht zu entbehrenden Schnelligkeit hinsichtlich der Feststellung der Herkunftsidentität der Aussage, andererseits auf die die Richtigkeit des Protokollinhaltes bestätigenden Unterschriften der Urkundspersonen nicht verzichtet werden kann³⁷⁾. Es wäre daher nur an eine Gesetzesänderung im Sinne einer Anpassung der Tonbandaufnahme an die vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse zu denken, so daß die Feststellbarkeit der Person des Erklärenden im gleichen Maße wie beim überkommenen schriftlichen Protokoll gewährleistet wäre.

aa) Eine auf Band gesprochene mündliche Erklärung der unterschriftspflichtigen Personen, aus der sich jeweils die Person der an der Vernehmung Beteiligten unmittelbar ergäbe, würde jedoch keinen gleichwertigen Ersatz für die Unterschriften bieten. Zwar ist die menschliche Stimme zumindest ein ebenso zuverlässiges Hilfsmittel zur Identifizierung von Personen wie deren Unterschrift, denn auch die Stimme hat stets ihre spezifischen Eigenheiten. Auch ist die individuelle Tonfarbe einer bestimmten Stimme nicht leichter nachzuahmen als eine Unterschrift auf dem schriftlichen Protokoll³⁸⁾. Aber sie steht, was die Schnelligkeit der Feststellung der Personenidentität anlangt, hinter der Ausdrucksform der menschlichen Handschrift zurück. Ist das Protokoll - wie im Normalfall - vom Vernommenen eigenhändig unterschrieben, so kann der Richter im Bestreitensfalle meist selbst durch einen Handschriftenvergleich sofort feststellen, ob die Protokollunterschrift von der bestreitenden Aussageperson herrührt³⁹⁾, während er bei dem weitaus schwieriger durchzuführenden Stimmenvergleich in jedem Falle einen Sachverständigen heranzuziehen gezwungen wäre.

bb) Anders verhielte es sich indessen, wenn neben einer derartigen Erklärung auf Band die bei der Vernehmung mitwirkenden Personen ihre Unterschriften auf

35) Zutreffend Kohlhaas, NJW 1957, 83 Anm. 18

36) Dies empfiehlt z.B. Aeppli, a.a.O., S. 174.

37) Vgl. dazu etwa Eb.Schmidt, LK II, Erl. 2 zu § 188.

38) Im gleichen Sinne Aeppli, a.a.O.

39) A.A. jedoch RG in JW 1931, 949 mit zustimmender Anmerkung von Beling, wonach wegen der Kompliziertheit des Handschriftenvergleichs die Echtheitsprüfung bei Urkunden nur durch Sachverständige erfolgen darf; ebenso Mamroth, zitiert nach Alaberg-Nüse, S. 267. - Beschränkt sich die Prüfung lediglich auf den Vergleich einer Unterschrift, so wird das Gericht diesen wohl aus eigener Sachkunde durchführen können.

ein besonderes, mit der Nummer des die Vernehmung enthaltenden Tonbandes versehenes Blatt setzen würden. Zu diesem Zweck könnte das infolge der mangelnden Übersichtlichkeit der Aufnahme ohnehin nicht zu entbehrende Übersichtsblatt verwendet werden. Auf diese Weise würde der Beurkundungsform des § 188 Abs. 1 u. 3 StPO vollauf genügt. Es empfiehlt sich, außer den Unterschriften und Genehmigungserklärungen sowie den üblichen Protokollangaben darin den Vermerk aufzunehmen, daß die Tonbandaufnahme von der Vernehmung mit Wissen und Willen der Aussageperson hergestellt worden ist⁴⁰⁾. Das die Förmlichkeiten sicherstellende Übersichtsblatt könnte sodann zu den Akten genommen werden, wodurch die Vernehmung zugleich aktenkundig gemacht würde, während das Tonband in einem Archiv untergebracht werden könnte.

cc) Um nachträgliche, in legitimer oder in Fälschungsabsicht vorgenommene Veränderungen am Wort- und Gedankengefüge der aufgenommenen Aussage auszuschließen, würde es sich empfehlen, die lege ferenda dahingehende Vorschriften zu treffen, daß Tonbandaufnahmen im Anschluß an die Vernehmung vor den Augen des Einvernommenen in einem Umschlag zu versiegeln⁴¹⁾ und in verantwortlichen amtlichen Gewahrsam zu nehmen sind. Man wird zwar bei Tonbandaufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren darauf vertrauen dürfen, daß diese unverfälscht sind⁴²⁾. Es ist bisher auch noch kein Fall einer nachträglichen Verfälschung einer Bandaufnahme durch Beamte des Ermittlungsverfahrens bekannt geworden. Gleichwohl erscheint es angebracht, die angedeuteten Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, weil auf diese Weise die sich aus der nachträglichen Veränderbarkeit bezüglich der Inhaltsidentität der Aufnahme ergebenden Zweifel von vornherein ausgeschaltet werden können⁴³⁾, so daß zusätzliche Beweisaufnahmen nicht erforderlich werden. Aus demselben Grunde müßte auch Verteidigern, die von ihrem Recht auf Akteneinsicht gemäß § 147 StPO Gebrauch machen wollen, die Mitnahme von Tonbandaufnahmen in ihre Wohnung oder Geschäftsräume versagt werden⁴⁴⁾.

§ 2 Fortsetzung: Zur Zweckmäßigkeit der Verwendung von Tonbandaufnahmen als Vernehmungsprotokoll

Verfährt man in der aufgezeigten Weise, so steht, vom Standpunkt der Strafprozeßordnung aus betrachtet, der Verwendung von Tonbandaufnahmen anstelle

40) Über das Problem der heimlichen Aufnahme vgl. unten S. 70 ff.

41) Ebenso Meinert, S. 248; Henkel, JZ 1957, 154, 1. Sp., ders. Tonbandaufnahmen, S. 54 f. 83; Händel, PolBl 1957, 15, 1. Sp.

42) Ebenso Schulz, a.a.O. S. 115; Röhl, Tonbandaufnahmen S. 82; Vgl. auch Leiber, PolPrax 1957, 26, 1. Sp.

43) Ebenso Henkel, JZ 1957, 153/54, ders. Tonbandaufnahmen, S. 54. - Eb. Schmidt läßt die Möglichkeit der Sicherung des Tonbands gegen inhaltliche Verfälschungen unerörtert, da er die Tonbandaufnahme aus dem Strafverfahren überhaupt ferngehalten wissen möchte, vgl. Gedächtnisschrift, S. 626, JZ 1956, 209.

44) Vgl. dazu Röhl, JZ 1956, 592, 2. Sp.

des bisher allein gebräuchlichen schriftlichen Protokolls kein Hindernis entgegen. Herkunfts- und Inhaltsidentität des Tonbandes werden im Falle der Beschreibung des vorgeschlagenen Weges zumindest in gleicher Weise wie beim übernommenen schriftlichen Protokoll gewährleistet. Es fragt sich aber, ob eine solche Gesetzesänderung, die die Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch das Tonband zum Ziele hat, überhaupt als zweckmäßig erscheint. Denn seine Verwendung als Protokoll kann allenfalls dann befürwortet werden, wenn es in jeder Beziehung dem schriftlichen Protokoll gleichkommt oder wenn es dieses sogar noch übertrifft.

I.

In der Tat zeigt die Tonbandaufnahme gegenüber dem schriftlichen Protokoll mannigfache Vorzüge. Teilweise liegen diese auf rein praktischem Gebiet, teilweise bestehen sie darin, daß die Tonbandaufnahme der Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens wertvolle Dienste zu leisten vermag.

1) In praktischer Hinsicht bedeutet die Tonbandaufnahme für den die Vernehmung durchführenden Ermittlungsbeamten eine erhebliche Erleichterung bei seiner Tätigkeit. Dieser Vorzug, auf den in Praktikerkreisen immer wieder hingewiesen wird, besteht vor allem darin, daß der Verhørsbeamte im Falle der Herstellung von Tonbandaufnahmen bei Vernehmungen von der den Gang der Vernehmung störenden Aufzeichnung der Aussage der einvernommenen Person befreit wird. Die Abfassung von Vernehmungsniederschriften, die in der Regel sofort bei der Vernehmung vorgenommen wird, erfordert große Sorgfalt und nimmt bei tatsächlich schwieriger gelagerten Fällen viel Zeit in Anspruch. Auch des lästigen Notizenschreibens während der Vernehmung wird der Verhørsbeamte im Fall der Verwendung von Tonbandgeräten enthoben⁴⁵⁾, falls er beabsichtigen sollte, das Protokoll erst nachträglich niederzuschreiben. Die Befreiung von der schriftlicher Fixierung der Aussage wirkt sich auch insofern günstig aus, als der Vernehmungsbeamte sich mit der anzuhörenden Person eingehender befassen, diese insbesondere besser beobachten und überhaupt die ganze Vernehmung zügiger gestalten kann⁴⁶⁾

2) Bedeutsamer als die Vereinfachung der Technik hinsichtlich der Protokollaufnahme sind indessen die sich auf rechtlichem Gebiet auswirkenden Vorteile des Tonbandes.

45) Zutreffend Hellwig, Krim.Mon. 1935, 145, 1.Sp.; Höfler, Krim, 1954, 236; Henkel, JZ 1957, 150, 1.Sp.; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 72; Klotz, Pol 1954, 31, 2.Sp.

46) Hellwig, a.a.O., S. 145.

a) Einen besonders wertvollen Dienst erweist die Tonbandaufnahme der richterlichen Sachaufklärung und damit der Sache der Gerechtigkeit. Sie liefert dem Gericht den bündigsten Beweis bezüglich der Angaben der Auskunftsperson, wie er durch kein anderes Beweismittel besser geführt werden könnte. Was die Vollständigkeit und die Genauigkeit der Aufzeichnung von Vernehmungen anlangt, übertrifft die Tonbandaufnahme jedes schriftliche, auch das stenographische Protokoll, denn sie hält den gesamten akustischen Ablauf der Vernehmung wort- und wirklichkeitsgetreu fest⁴⁷⁾. Alles was die Auskunftsperson gesagt hat, nimmt das Tonband ohne jede Lücke sowie ohne die geringste Abweichung bis in die kleinsten Einzelheiten auf. Die Möglichkeit, daß sich Hör- oder Schreibfehler bei der Protokollaufnahme einschleichen, ist ausgeschlossen. Dabei übermitteln das Tonband nicht nur das, was der Vernommene bei der Vernehmung ausgesagt hat, sondern vor allen Dingen auch wie er seine Aussage gemacht hat⁴⁸⁾. Mit unbestechlicher Exaktheit fixiert sie dessen Äußerungen mit allen ihren feinen Nuancen der Sprechweise wie z.B. Zögern, Beben der Stimme, Stottern usw. Diese mit der Aussage verbundenen natürlichen Begleiterscheinungen stellen wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung der Frage des Beweiswertes der Aussage dar. Diese fehlen naturgemäß bei der schriftlich protokollierten Aussage, welche - abgesehen von ihrem Inhalt - in Wirklichkeit überhaupt nicht von der Aussageperson herrührt, sondern die Wiedergabe des mitgeteilten Wissens des Vernommenen mit den Worten des Verhørsbeamten darstellt⁴⁹⁾. Nach allem können daher keine Zweifel darüber aufkommen, daß die auf Tonband aufgenommene Vernehmung die einem Protokoll zugedachte Aufgabe, nämlich dem Staatsanwalt und Richter denjenigen Eindruck von Tat und Täter zu verschaffen, den diese bei der persönlichen Vernehmung der Aussageperson gewonnen hätten⁵⁰⁾, besser zu erfüllen vermag, als das tote schriftliche Vernehmungsprotokoll bisheriger Praxis⁵¹⁾. Ist ein Tonband über die Vernehmung vorhanden, so können ferner Behauptungen von Aussagepersonen in der Hauptverhandlung, sie hätten das oder jenes vor der Polizei oder dem Staatsanwalt nicht ausgesagt, leicht und zuverlässig aufgeklärt werden⁵²⁾. Zu denken ist hierbei insbesondere an den nicht seltenen Fall des Bestreitens von Geständnissen.

b) Die Aufnahme von Vernehmungen auf Tonband bietet ferner Gewähr dafür, daß Aussagen, die auf prozeßordnungswidrige Weise gewonnen worden sind, von der

47) Vgl. dazu Freund, Tonbandaufnahmen, S. 23; Coing, ebenda, S. 30; Henkel, ebenda, S. 47: PolBl 1957, 14(Händel).

48) Vgl. Aeppli, a.a.O., S. 173; Haslund, Krim. 1954, 269; Henkel, JZ 1957, 150, 1.Sp.

49) Diesen Nachteil des schriftlichen Protokolls kritisieren mit Recht Aeppli, a.a.O., S. 173; Henkel, JZ a.a.O., ders. Tonbandaufnahmen, S. 47.

50) Vgl. dazu Hellwig, S. 204 ff. und 304 ff.

51) Am besten könnten Staatsanwalt und Richter diesen Eindruck durch ein "Tonfilmprotokoll" gewinnen, welches neben der akustischen Seite der Vernehmung auch die optischen Eindrücke unmittelbar überliefert.

52) Ebenso Aeppli, a.a.O. S. 174.

Verwendung in der Hauptverhandlung ausgeschlossen bleiben. Da die Tonbandaufnahme alle akustischen Erscheinungen während der Vernehmung getreulich registriert, läßt sich auf Grund des Tonfalls und des Sprechtempos des Vernommenen feststellen, ob dieser im Zustand der Übermüdung oder der Hypnose vernommen worden ist. Auch etwa gemachte Versprechungen, Drohungen oder erfolgte Mißhandlungen sind aus der Aufnahme wahrnehmbar. Damit aber auch alle Geschehnisse auf Band gelangen, muß gefordert werden, daß jede Vernehmung von Anfang bis Ende lückenlos auf Band aufgenommen wird⁵³⁾.

aa) Weil die Tonbandaufnahme die Feststellung derartiger Vorkommnisse ermöglicht, wird sich der Vernehmungsbeamte dem Vernommenen gegenüber in der Regel von vornherein in jeder Beziehung korrekt verhalten. In jedem Augenblick der Vernehmung wird er sich der Schranken bewußt sein, die ihm durch die Vorschriften des § 136a StPO gesetzt sind. Unter diesen Umständen ist die Gefahr, daß sich ein Vernehmungsbeamter zu Beleidigungen oder gar Körperverletzungen hinreißen läßt, wesentlich herabgesetzt. Überhaupt wird er im Falle der Veranstellung von Aufnahmen seine Fragen und Vorhaltungen durchdacht und vorsichtiger formulieren, da er weiß, daß diese genau festgehalten und damit der Kritik anderer Personen zugänglich gemacht werden. Weil das Tonband die Praxis der Vernehmung schonungslos offenlegt, hat man in Polizeikreisen die Tonaufnahme von Vernehmungen sogar schon abgelehnt⁵⁴⁾. So betrachtet wirkt sich also die Tonbandaufnahme bei Vernehmungen zum Schutze des in ein Strafverfahren einbezogenen Bürgers aus, indem es diesen vor nicht rechtsstaatlichen Vernehmungspraktiken bewahrt⁵⁵⁾.

bb) Andererseits schützt die Tonbandaufnahme auch den Vernehmungsbeamten vor unzutreffenden Beschuldigungen, er habe sich bei der Vernehmung nicht in einwandfreier Weise verhalten⁵⁶⁾. Würde beispielsweise ein Beschuldigter in der Hauptverhandlung wahrheitswidrig behaupten, er habe das Geständnis nur deshalb abgelegt, weil der vernehmende Beamte ihm versprochen habe, er werde nach der Ablegung eines Geständnisses auf freien Fuß gesetzt werden, oder er sei durch Drohungen zu dem Geständnis gezwungen worden, so könnte ein derartiger Einwand durch die Vorführung der Tonbandaufnahme schnell und sicher widerlegt werden. Allerdings vermag die Tonbandaufnahme nur zu beweisen, daß der Vernehmungsbeamte sich während der Vernehmung prozeßordnungsgemäß verhalten hat. Etwa vor der Vernehmung ausgesprochene Drohungen oder Versprechungen und dergleichen könnten mittels der Tonbandaufnahme freilich nicht aufgedeckt werden.

53) Zutreffend Meinert, S. 248; a.A. Höfler, a.a.O., S. 237, vgl. ferner unten S. 49f.

54) Vgl. Kohlhaas, NPolArch., Leitzahl 512, § 136a, Blatt 8.

55) Vgl. in diesem Sinne Aeppli, a.a.O., S. 174; Höfler, a.a.O., S. 236; Kohlhaas, RWP-Blattei 16 (D) StPO II, 3, 282/70; Meinert, S. 247; Freund, Tonbandaufnahmen, S. 23/24.

56) Vgl. Höfler, a.a.O., S. 236; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 74.

Ob Versprechungen oder Drohungen bei der Vernehmung tatsächlich vorgekommen sind, kann erst nach Abspielen des Bandes festgestellt werden. Insoweit ist daher in jedem Fall seine Benutzung zu gestatten, da anderenfalls ein Angeklagter durch eine solche Behauptung die Tonbandaufnahme bequem aus dem Wege räumen könnte.

3) Der Verwendung von Tonbandgeräten bei Vernehmungen kann nicht entgegengehalten werden, durch sie werde die erfolgreiche Durchführung der Vernehmung gestört. Um eventuelle bei der Aufnahme entstehende Geräusche - die jedoch bei modernen Geräten so gut wie gar nicht auftreten - auszuschalten und um zu verhüten, daß die Aufmerksamkeit des Vernommenen durch die Tätigkeit des Gerätes beeinträchtigt wird⁵⁷⁾ oder bei diesem angesichts des Aufnahmeapparates psychische Hemmungen auftreten⁵⁸⁾, ist es ratsam, das Gerät im Schreibtisch oder vielleicht sogar außerhalb des Vernehmungszimmers unterzubringen⁵⁹⁾. Die wenigen Handgriffe, die zur Bedienung des Gerätes erforderlich sind, können durch Fernschaltung besorgt werden. Störungen durch die Tätigkeit des Tonbandgerätes werden auf diese Weise völlig ferngehalten.

II.

Gegen die Ersetzung des bisher üblichen Protokolls werden im Schrifttum zwei praktische Gesichtspunkte besonders hervorgehoben: Einmal wird geltend gemacht, daß die Anhörung von Tonbandaufnahmen in der Hauptverhandlung zu viel Zeit in Anspruch nehme⁶⁰⁾. Zum anderen wird darauf hingewiesen, die praktische Handhabung der akustisch fixierten Vernehmung werde dadurch wesentlich erschwert, daß dem Tonband die Übersichtlichkeit des schriftlichen Protokolls fehle⁶¹⁾.

1) Zweifellos ist ein Tonbandprotokoll, das alles, was bei der Vernehmung gesprochen worden ist, getreulich festhält, naturgemäß umfangreicher als das schriftliche Protokoll, denn es enthält alle mit dem Untersuchungsgegenstand nur mittelbar zusammenhängenden Fragen und Äußerungen des Verhørsbeamten sowie alle Nebensächlichkeiten und Abschweifungen, ohne die eine Vernehmung nun einmal nicht durchzuführen ist. Die Wiedergabe einer solchen Aufnahme erfordert daher mehr Zeit als die Verlesung eines schriftlichen Protokolls, das den Inhalt der Vernehmung in gedrängter Kürze enthält. Um eine Hinauszögerung der Verhandlung durch die Reproduktion von Überflüssigem zu vermeiden sowie

57) Vgl. dazu Höfler, a.a.O., S. 236; Meinert, S. 248.

58) Vgl. dazu Hellwig, a.a.O., S. 145/46.

59) Ähnlich Schulz, a.a.O., S. 115; Kohlhaas, DRiZ 1955, 81, 2.Sp.

60) Vgl. Höfler, a.a.O., S. 237; Meinert, S. 234/35.

61) Vgl. Aepli, a.a.O., S. 174; Röhl JZ 1956, 592, 1.Sp. Vgl. in diesem Sinne auch Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 631 und JZ 1956, 207, 1.Sp.

der Kostenersparnis wegen, empfiehlt Höfler⁶²⁾, nur die für die richterliche Sachaufklärung wichtig erscheinenden Teile der Vernehmung, wie z.B. Geständnisse, wörtlich festzuhalten. Seinem Vorschlag zu folgen, ist indessen nicht ratsam. Eine auf bestimmte Vernehmungsteile oder gar auf eine einzelne Aussage beschränkte Aufnahme kann leicht zu Sinnentstellungen führen. Ferner sind bei Teilaufnahmen Fälschungen durch entsprechende Streichungen oder Einblendungen eher möglich, als bei solchen Aufnahmen, die eine Vernehmung im Zusammenhang ungekürzt wiedergeben. Teilaufnahmen würden infolgedessen nur einen geringen Beweiswert besitzen⁶³⁾. Im übrigen vermögen - wie schon erwähnt - nur Ganzaufnahmen von dem Vernehmungsablauf und dem Verhalten des Verhørsbeamten sowie der einvernommenen Aussageperson ein genaues Bild zu geben. Wird bei Vernehmungen ein Band verwendet, so muß dieses daher die Vernehmung vollständig enthalten, wenn es für die Sachaufklärung von Wert sein soll.

Wenn auch die Anhörung von Tonbändern erheblich mehr Zeit erfordert als die Verlesung des entsprechenden schriftlichen Protokolls, so fällt dieser Mehraufwand an Zeit jedoch kaum ins Gewicht. Die vollständige Verlesung von Protokollen aus dem Ermittlungsverfahren bildet in der Praxis einen Ausnahmefall. Sie kommt nur unter den Voraussetzungen der §§ 232, 233 und 251 StPO in Betracht⁶⁴⁾. Die durch diese Vorschriften der Verlesung von schriftlichen Vernehmungsprotokollen gezogenen Grenzen gelten gleichermaßen für "Tonbandprotokolle", die nach der hier vertretenen Auffassung Urkundeneigenschaft besitzen⁶⁵⁾. Das Abspielen von Tonbändern aus dem Ermittlungsverfahren könnte daher im Fall der Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch das Tonband von vornherein nur in eng begrenztem Umfang geschehen. Abgesehen davon kann die durch die Tonbandwiedergabe bewirkte Verzögerung der Hauptverhandlung im Hinblick auf den Nutzen, den die Aufnahme der Rechtsfindung erweist, bedenkenlos in Kauf genommen werden.

Es sei noch vermerkt, daß die Vorführung der Tonbandaufnahme in keiner Weise der Würde des Gerichts abträglich ist. Die Tonbandgeräte sind heutzutage technisch derart vervollkommenet, daß die Wiedergabe von Bandaufnahmen schnell erfolgen kann, ohne den Fluß der Verhandlung zu unterbrechen. Von "technischen Umständen", welche gebieten, die Tonbandaufnahme nur als "äußersten Notbehelf" heranzuziehen, kann somit nicht die Rede sein⁶⁶⁾. Allerdings müßten

62) a.a.O., S. 237.

63) Ebenso Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 642; gegen Teilaufnahmen ferner Meinert, S. 243.

64) § 254 StPO gestattet ebenfalls die Verlesung von Ermittlungsprotokollen zwecks Nachweises von Geständnissen oder zur Feststellung bzw. Behebung von Widersprüchen mit früheren Aussagen. In diesen Fällen ist die Verlesung jedoch meist auf einen Protokollteil, nämlich auf die zum Beweis des Geständnisses oder der Widerspruchsbehebung erforderlichen Stellen beschränkt.

65) Vgl. oben, S. 29 u. 42.

66) Wie Kohlhaas, DRiZ 1955, 82. 2. Sp., annimmt.

sich die Gerichtspersonen erst an die praktische Handhabung des Tonbandgerätes gewöhnen.

2) Ein gewichtiger technischer Einwand gegen die Verwendung der Tonbandaufnahme als Protokoll besteht jedoch darin, daß der Tonbandaufnahme die Übersichtlichkeit eines schriftlichen Protokolls fehlt⁶⁷⁾. Da sie die frühere Vernehmung nicht durch lesbare Schriftzeichen veranschaulicht, ist die Möglichkeit, sich schnell über den Vernehmungsinhalt oder über einzelne Punkte der Vernehmung zu informieren, nicht gegeben. Beim Tonband gibt es kein "diagonales" Lesen⁶⁸⁾, welches durch Überfliegen der Aktenseiten das Auffinden interessierender Protokollstellen in Sekundenschnelle gestattet. Dadurch wird aber die Tätigkeit von Staatsanwalt und Richter, die bei der Anfertigung von Anklageschriften und Strafbefehlen bzw. bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung weitgehend auf die Vernehmungsniederschriften angewiesen sind, wesentlich erschwert. Wenn auch an Hand des Übersichtsblattes eine bestimmte Stelle schnell aufgesucht werden kann, so wirkt sich ein ausschließliches Arbeiten mit Tonbandaufnahmen im Vor- und Zwischenverfahren gleichwohl äußerst hemmend aus. Auch der praktischen Durchführung der Akteneinsicht durch den Verteidiger stellen sich im Falle der Ersetzung des schriftlichen Protokolls durch Tonbandaufnahmen Hindernisse entgegen. Wegen der Gefahr der nachträglichen Veränderung der Aufnahme - die nicht in böswilliger Absicht vorgenommen zu werden braucht, sondern z.B. auch durch eine versehentliche Löschung infolge falscher Bedienung des Tonbandgerätes geschehen kann - ist deren Verabfolgung in die Kanzlei des Verteidigers abzulehnen. Diesem verbleibt folglich nur die Möglichkeit, das Band bei der die Akten verwahrenden Behörde anzuhören und eventuell dessen Inhalt durch eine mitgebrachte Stenotypistin aufnehmen zu lassen.⁶⁹⁾

3) Aus rein praktischen Erwägungen kann mithin auf die schriftliche Niederlegung des Vernehmungsinhaltes nicht verzichtet werden. Die Ersetzung des herkömmlichen schriftlichen Protokolls durch Tonbandaufnahmen ist demzufolge de lege ferenda zu verneinen⁷⁰⁾. Dem läßt sich nicht mit dem Hinweis darauf begegnen, daß durch die nachträgliche Übertragung des Tonbandinhaltes in die Maschinenschrift der Mangel der Übersichtlichkeit ausgeglichen werden könne. Wer praktische Erfahrung mit Diktiergeräten hat, weiß, daß eine schreibgewandte Stenotypistin für die Übertragung eines Bandes von einstündiger Laufzeit etwa das fünffache dieser Zeit benötigt. Wollte man nun in der täglichen Praxis al-

67) Zutreffend Aepli, a.a.O., und Röhl, JZ, a.a.O.

68) Röhl, JZ, a.a.O.

69) Vgl. dazu Röhl, JZ 1956, 592, 2.Sp.

70) So die überwiegende Ansicht, vgl. etwa Höfler, a.a.O., S. 237; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 633, ders. JZ 1956, 209; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82/84, ders. NJW 1957, 83, 2.Sp. und 85, a.E.; Meinert, S. 234/35; Henkel, 1957, 154/55, ders. Tonbandaufnahmen, S. 55. Vgl. auch Entschließung 9 der Kommission der Weinheimer Tagung.

le Vernehmungen, die vielfach mehrere Stunden dauern und bei schwierigeren Fällen sogar Tage in Anspruch nehmen können, vom Tonband abschreiben lassen, so würde wegen des gewaltigen Ausmaßes dieser Arbeit eine Vermehrung der Schreibkräfte bei Polizei- und Justizbehörden unumgänglich sein. Erschwerend für die Abschrift vom Tonband ist ferner der Umstand, daß die aufgenommene Vernehmung eine Unterhaltung in der Umgangssprache und kein mit Rücksicht auf die spätere Abschrift sorgfältig vorbereitetes Diktat darstellt. Mit Recht wird daher der Gedanke der Übertragung von Aufnahmen in Maschinenschrift neuerdings abgelehnt⁷¹⁾.

III.

Kann somit die Tonbandaufnahme wegen ihrer mangelnden Praktikabilität als gleichwertiger Ersatz des herkömmlichen Protokolls nicht anerkannt werden, so bleibt angesichts ihrer Vorzüge nur noch die Möglichkeit offen, sie als Hilfsmittel zur Ergänzung des schriftlichen Protokolls zu verwenden⁷²⁾. Im Vordergrund wird daher wohl auch in Zukunft allemal das schriftliche Protokoll bisherigen Ausmaßes stehen. Um seine allzeitige Überprüfung durch die dazugehörige, die gesamte Vernehmung enthaltende Tonbandaufnahme zu ermöglichen, empfiehlt es sich, das schriftliche Protokoll mit Randvermerken auszustatten, welche die entsprechenden Stellen auf dem Tonband kennzeichnen. Diese Verbindung der schriftlichen mit der mechanischen Fixierungsmethode erscheint als der praktisch allein gangbare Weg, auf dem die Vorzüge beider Systeme der Strafrechtspflege nutzbar gemacht werden können⁷³⁾. Es fragt sich nur, wie man sich diese Verbindung des schriftlichen Protokolls mit der Tonbandaufnahme juristisch vorzustellen hat.

1) Henkel⁷⁴⁾ weist zutreffend auf den durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 eingefügten § 188 Abs. 4 StPO als den Ansatzpunkt zur Lösung dieser Frage hin. Diese Bestimmung gestattet, bei untersuchungsrichterlichen Vernehmungen die Niederschriften über Aussagen von Beweispersonen in einer gebräuchlichen Kurzschrift festzuhalten und diese stenographische Aufzeichnung als "Anlage" dem Protokoll beizufügen. Es ist demnach zulässig, die Aussage von Beweispersonen gesondert in einem Stenogramm festzuhalten und das Protokoll auf die bei der Vernehmung zu beachtenden Formalien, also auf die Angabe von Ort und Zeit der Vernehmung, der Namen und Unterschriften der daran beteiligten Personen sowie auf die Aufnahme der Genehmigungserklärungen, der Belehrungsvermerke usw. zu beschränken. Das Besondere des § 188 Abs. 4 S. 1 besteht nun

71) Vgl. Röhl, a.a.O., S. 592/93; Henkel, JZ 1957, 154 Anm. 34 - A.A. Schulz, a.a.O., S. 115; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 2. Sp., ders. NJW 1957, 84.

72) So die in Anm. 70 zitierten Autoren außer Eb. Schmidt; ferner Händel, PolBl 1957, 13, 2. Sp., 15, 2. Sp.

73) Ebenso Aeppli, a.a.O., S. 174.

74) JZ 1957, 153 und Tonbandaufnahmen, S. 54.

darin, daß er eine Verbindung herstellt zwischen dem Formalien-Protokoll und dem davon räumlich getrennten Stenogramm, das zur Ausfüllung und Ergänzung des Protokolls bestimmt ist. Diese Konstruktion läßt sich entsprechend auf die Tonbandaufnahme anwenden⁷⁵⁾, denn diese enthält ebenso wie das Stenogramm die Fixierung der Aussage, die der Ausfüllung und der Unterbauung des schriftlichen Protokolls dient. Entgegen der Auffassung Henkels⁷⁶⁾ ist jedoch eine Beschränkung des schriftlichen Protokolls auf die Formalien wegen der mangelnden Übersichtlichkeit der Tonbandaufnahme nicht angängig.

2) Es ist nun fraglich, ob Tonbandaufnahmen, die bei Vernehmungen hergestellt sind, bereits nach geltendem Recht im Wege eines Analogieanschlusses aus § 188 Abs. 4 StPO als Anlagen zum schriftlichen Protokoll angesehen werden können. Henkel⁷⁷⁾ bejaht dies bezüglich solcher Tonbandaufnahmen, die bei einer richterlichen Vernehmung zustande gekommen sind, während er die Ausdehnung der Analogie nach § 188 Abs. 4 - der nur den untersuchungsrichterlichen Bereich betrifft - auf polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Tonbandaufnahmen als äußerst bedenklich ablehnt. Meines Erachtens verbietet sich die analoge Anwendung dieser Vorschrift in jedem Falle schon deshalb, weil die Tonbandaufnahme nicht mit der nach § 188 Abs. 4 S. 2 auf die Anlage zu setzenden Unterschrift des Protokollführers versehen werden kann. Gegen die Analogie spricht ferner die gemäß § 188 Abs. 4 S. 4 notwendige Übertragung der Anlage in die gewöhnliche Schrift, die bei der Tonbandaufnahme aus ökonomischen Gründen⁷⁸⁾ nicht befürwortet werden kann.

3) Nach allem läßt sich die Möglichkeit der Verwendung von Tonbandaufnahmen als Ergänzungsmittel zum Protokoll nur auf dem Wege einer Gesetzesänderung erreichen⁷⁹⁾. Die angestellten Erwägungen gipfeln mithin in dem Vorschlag, eine dem § 188 Abs. 4 S. 1 entsprechende Vorschrift in die Strafprozeßordnung aufzunehmen, die bei Beachtung der oben angedeuteten oder ähnlichen Sicherheitsvorkehrungen die Tonbandaufnahme als Anlage zum Protokoll zuläßt. Nur auf diese Weise kann der Weg für eine rechtlich geordnete Verwendung von Tonbandaufnahmen zu Beweiszwecken eröffnet werden.

Allerdings ist die Tonbandaufnahme in ihrer Eigenschaft als "Anlage" kein selbständiges Beweismittel; sie vermag lediglich in Verbindung mit dem schriftlichen Protokoll, dem sie beigelegt ist, der richterlichen Wahrheitsfindung zu dienen. Damit steht fest, daß das Tonband in der Hauptverhandlung nur in

75) Ebenso Henkel, JZ 1957, 154, 1.Sp.; Tonbandaufnahmen S. 54; Leiber, PolPrax 1957, 26, 1.Sp.

76) Tonbandaufnahmen, a.a.O.

77) JZ, a.a.O., S. 155; Tonbandaufnahmen, S. 56; ebenso Entschließung Nr. 9 der Kommission der Weinheimer Tagung, Tonbandaufnahmen, S. 99

78) Ebenso Henkel, JZ a.a.O., S. 154 Anm. 34, vgl. dazu oben S. 51f.

79) Ebenso grundsätzlich Henkel, JZ a.a.O., S. 155, 1.Sp.; Tonbandaufnahmen S. 56.

demselben Umfang wie das schriftliche Protokoll Verwendung finden kann. Ist dessen Verlesung unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, wie z.B. im Falle des unentschuldigtem Ausbleibens des Angeklagten (§ 232 Abs. 1 u.3), oder bei dessen Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung (§ 233), oder zum Beweis eines Geständnisses (§ 254 Abs. 1), oder in den Fällen des § 251 Abs. 1 und 2, so ist auch die Tonbandvorführung, die sich als Urkundenbeweis darstellt⁸⁰⁾, zwecks Verdeutlichung und Ergänzung des schriftlichen Protokolls möglich. Daneben kann die Tonbandaufnahme auch zu Zwecken des Vorhalts benutzt werden⁸¹⁾

Eine Gesetzesänderung im vorgeschlagenen Sinne hätte einerseits zur Folge, daß die Tonbandaufnahme hinsichtlich ihrer Benutzung in der Beweisaufnahme den für die Protokollverwendung bestehenden beweisrechtlichen Vorschriften des Strafprozeßrechts unterworfen würde. Andererseits würden durch ihre Verwendung als Protokollanlage zugleich auch der Staatsanwaltschaft und dem Gericht die Vorteile gesichert, welche die Tonbandaufnahme unbestreitbar für die Wahrheitserforschung besitzt. Die Verbindung des Tonbandes mit dem Protokoll böte mithin eine Lösungsmöglichkeit, die sowohl dem reinen Zweckdenken als auch dem rechtsstaatlichen Denken weitgehend Rechnung tragen würde.

80) So ausnahmsweise auch Henkel, a.a.O., S. 154, 1.Sp. und Tonbandaufnahmen, S. 55, da beim Tonband in Gestalt der Protokollanlage Herkunfts- und Inhaltsidentität nicht zweifelhaft sind.

81) Vgl. näher oben S. 39 Anm. 16.

Dritter Abschnitt: Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken,
die von privater Seite hergestellt worden sind

Im vorangehenden Abschnitt wurde die Frage der beweismäßigen Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen über Vernehmungen aus dem Ermittlungsverfahren erörtert. Damit sind die Probleme, welche seit dem Eindringen der Tonbandaufnahme in das Rechtsleben Schrifttum und Rechtsprechung bewegen, noch nicht erschöpft. Es bleibt die Frage zu prüfen, was hinsichtlich solcher Tonbandaufnahmen, welche keine amtlichen Vernehmungen, sondern irgendwelche Privatgespräche enthalten, zu gelten hat¹⁾. Wie die Aufsätze von Kohlhaas²⁾, Eb.Schmidt³⁾, Henkel⁴⁾ und Siegert⁵⁾ zeigen, wird im Bereich des Strafprozeßrechts solchen privaten Aufnahmen offenbar keine besondere Bedeutung beigemessen und daher die Frage ihrer prozessualen Verwertbarkeit überhaupt nicht oder nur ganz am Rande erwähnt.

Um abzugrenzen, sei bemerkt, daß bei den folgenden Erörterungen zunächst nur von solchen privaten Tonbandaufnahmen gesprochen wird, die mit dem **E i n - v e r s t ä n d n i s** des Sprechenden aufgenommen worden sind.

I.

In letzter Zeit mehrten sich die Fälle, in denen Tonbandaufnahmen von Gesprächen, die im geschäftlichen oder privaten Verkehr geführt worden sind, im Rahmen von Straf- und Zivilprozessen eine Rolle spielten. Diese gaben zu lebhaften Diskussionen in Tageszeitungen⁶⁾ sowie vor allen Dingen in juristischen Fachkreisen Anlaß, wobei allerdings meist die noch zu untersuchende Frage der Verwendbarkeit heimlicher Aufnahmen den Brennpunkt der Erörterungen bildete. Es seien hier kurz einige von den in den letzten Jahren an die Öffentlichkeit gelangten Fälle erwähnt:

1) Anfang 1954 hatte sich das Stuttgarter Schöffengericht mit einem Fall zu befassen, in welchem ein Geschäftsmann sich zum Beweis einer bestimmten Äußerung seines Gesprächspartners auf eine Tonbandaufnahme berief und diese dem Gericht als Beweismittel anbot⁷⁾.

1) Vgl. hierzu Siegert, NJW 1957, 689 ff., der sich, wenn auch vom Zivilprozeß her gesehen, mit solchen nicht von staatlicher Seite hergestellten Tonbandaufnahmen befaßt.

2) DRiZ 1955, 80 ff., NJW 1957, 81 ff.

3) Gedächtnisschrift, S. 625 ff.

4) JZ 1957, 148 ff.

5) DRiZ 1957, 101 ff.

6) Vgl. etwa Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7.1.1954, S. 5; Süddeutsche Zeitung vom 14.1.1956, "Der Lauscher am Band"; Süddeutsche Zeitung vom 29.1.1954, "Streiflicht"; Das Grüne Blatt vom 4.2.1956, "Tonband im Hintergrund".

7) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7.1.1954, S. 5.

- 2) Im gleichen Jahr legte in einem Kündigungsstreit vor dem Arbeitsgericht Kassel ein Arbeitgeber zum Nachweis beleidigender Äußerungen durch seinen gekündigten Arbeitnehmer eine Tonbandaufnahme vor⁸⁾.
- 3) In gleicher Weise stützte in einem vom Landgericht Hagen im Jahre 1955 entschiedenen Rechtsstreit zwischen zwei Gesellschaftern einer OHG der klagende Teil seine Ausschlussklage auf Beleidigung und brachte als Beweismittel für die ehrkränkenden Äußerungen mehrere Aufnahmen von Gesprächen der beklagten Gesellschafterin mit einem leitenden Angestellten bei⁹⁾.
- 4) In einem Ehescheidungsprozeß, mit dem das OLG Düsseldorf befaßt war, berief sich der klagende Ehegatte zum Nachweis bestimmter Äußerungen seiner Ehefrau auf Tonbandaufnahmen¹⁰⁾.
- 5) Mit einem ähnlichen Fall hatte sich das KG Berlin zu beschäftigen, bei dem in einem Ehescheidungsverfahren der Ehemann eine Reihe von Tonbandaufnahmen dem Gericht zum Beweis ehrenrühriger Äußerungen seiner Frau vorgelegt hat¹¹⁾.

Diese Beispiele zeigen allgemein, daß die Anbietung privater Tonbandaufnahmen seitens Prozeßbeteiligter keine Seltenheit darstellt. Mittlerweile hat die Verbreitung des Tonbandgerätes noch weitere Fortschritte gemacht. Allenthalben trifft man heutzutage das Tonbandgerät an, sei es in Industriebetrieben, sei es bei staatlichen Behörden oder freiberuflich Tätigen, wie insbesondere bei Rechtsanwälten oder bei Privatpersonen. Angesichts dieser ständig zunehmenden Verwendung des Tonbandes muß in Zukunft mehr als bisher damit gerechnet werden, daß im Strafprozeß von privater Seite hergestellte Tonbandaufnahmen als Beweismittel angeboten werden. Es bedarf daher einer Klärung der Frage, wie sich das erkennende Gericht zu verhalten hat, wenn ein Prozeßbeteiligter eine Tonbandaufnahme zu Beweiszwecken vorlegt.

II.

Aus § 245 S. 1 StPO ergibt sich für das erkennende Gericht die Pflicht, grundsätzlich alle präsenten Beweismittel bei der Sachaufklärung zu benutzen. Demnach hat das Gericht sämtliche vorgeladenen und erschienenen Zeugen zu vernehmen, sowie alle anderen herbeigeschafften Beweismittel zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen. Es ist dabei gleichgültig, welcher Prozeßbeteiligte die Beschaffung des Beweismittels veranlaßt hat. Auch ein vom Angeklagten oder dessen Verteidiger in die Hauptverhandlung mitgebrachtes Beweismittel muß grundsätzlich verwendet werden, wenn der betreffende Beweisproduzent seinen

8) ArbG Kassel, Urt. v. 31.8.1954, BB 55, 31.

9) LG Hagen, Urt. v. 22.3.1955, BB 1955, 489.

10) Urt. v. 27. 5. 1955, BB 1956, 481.

11) NJW 1957, 26.

Willen kundgibt, daß das Beweismittel benutzt werden soll¹²⁾. Der sich aus § 245 S. 1 StPO ergebende Beweiszwang bezieht sich jedoch nur auf solche herbeigeschaffte Erkenntnisquellen, die Beweismittelqualität besitzen¹³⁾ und deren Verwendung keine Beweisverbote entgegenstehen¹⁴⁾. Der Beweiszwang entfällt nach § 245 S. 1, 3 ferner dann, wenn die Herbeischaffung zwecks Prozeßverschleppung erfolgt ist oder wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte mit dem Unterbleiben der Beweiserhebung einverstanden sind.

1) Hinsichtlich der Beweismittelqualität der Tonbandaufnahme bestehen keine Zweifel. Was oben¹⁵⁾ zu der allgemeinen Frage der Beweismittelleigenschaft von Tonbandaufnahmen ausgeführt worden ist, gilt grundsätzlich auch für die private Aufnahme. Diese kann also entweder Urkunden- oder Angensehnsbeweis liefern, je nachdem ob sie durch die Vermittlung eines menschlichen Gedankeninhaltes oder in anderer Weise dem Beweis von Tatsachen dienen soll. Für die Verwertbarkeit privater Aufnahmen im Urkundenbeweis ist es belanglos, ob diese absichtlich zu Beweis Zwecken hergestellt worden sind, oder ob man, wie z. B. bei scherzweise zustande gekommenen Aufnahmen, an ihre Verwertung im Strafverfahren überhaupt nicht gedacht hat, denn bekanntlich stehen diese Zufallsurkunden strafprozessual den Absichtsurkunden gleich¹⁶⁾.

2) Die Auswertung präsender Tonbandaufnahmen entfällt jedoch, soweit die durch sie erstrebte Beweiserhebung unzulässig ist. Im Falle ihrer urkundenbeweislichen Verwertung ist vor allem an das aus dem Unmittelbarkeitsprinzip resultierende Beweismittelverbot des § 250 StPO zu denken. Dieses schränkt die Möglichkeit des Urkundenbeweises allgemein insofern ein, als es die Berichtsurkunden, welche Wahrnehmungen einer Person über Tatsachen des Verhandlungs- und Urteilsgegenstandes schildern, von der Verwertung grundsätzlich ausschließt, soweit sie als Ersatz¹⁷⁾ für die Vernehmung des Wahrnehmenden über die Richtigkeit des Wahrgenommenen dienen sollen¹⁸⁾.

12) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 245 Anm. 7b; Eb. Schmidt, LK II, § 245 Erl. 11; KMR, § 245 Anm. 4; Peters, S. 243; Henkel, S. 394; Kern, S. 162; OLG Bremen, NJW 1947/48, 312 ff. (313/14); BayOBLG, NJW 1952, 1106. Zur Ladung von Personen durch den Angeklagten vgl. §§ 220, 222 StPO.

13) Vgl. Eb. Schmidt, LK II, § 245 Erl. 3.

14) Vgl. dazu RGSt I, 225 f. (226).

15) Vgl. oben S. 22 ff.

16) Vgl. etwa V. Hippel, S. 392 Anm. 3; Alsberg-Nüsse, S. 268.

17) Umstritten ist, ob die Verlesung berichtender Urkunden neben der Vernehmung der Wahrnehmungsperson statthaft ist; bejahend: RGSt 71, 10 ff. (11); BGHSt I, 5 ff. (6); KMR, § 250 Anm. 1a; Schwarz, § 250 Anm. 1 a, b; - verneinend: Schneidewin, JR 1951, 483, 2. Sp. und Eb. Schmidt, § 250 Erl. 4, der die vom BGH befürwortete ergänzende Verwertbarkeit ablehnt, da diese sich hinsichtlich solcher Momente als Ersetzung der Aussage auswirke, über welche die Wahrnehmungsperson sich nicht zu äußern vermag.

18) Vgl. dazu RGSt 33, 257 f. (357); Eb. Schmidt, § 250 Erl. 2, 4; Schwarz, Anm. 1 A.

Das Gesetz unterscheidet in § 250 S. 2 innerhalb der Berichtsurkunden zwischen Protokollen und schriftlichen Erklärungen. In diesem Zusammenhang interessieren ausschließlich die schriftlichen Erklärungen, als welche private Tonbandaufnahmen über Gespräche oder sonstige sprachliche Äußerungen sinngemäß zu betrachten sind.

Darüber, wie weit der Begriff der "schriftlichen Erklärung" zu fassen ist, gehen die Ansichten auseinander. Während das Reichsgericht¹⁹⁾ alle schriftlichen Aufzeichnungen, die eine Person über irgendwelche Wahrnehmungen gemacht hat, unter den Begriff faßt, wollen Schneidewin²⁰⁾ und der BGH²¹⁾ nur solche Aufzeichnungen über Wahrnehmungen als "schriftliche Erklärung" betrachten, die zu Beweis Zwecken hergestellt worden sind. Dies ergebe sich aus der Gleichstellung der schriftlichen Erklärung mit dem Protokoll in § 250 S. 2²²⁾. Diese enge Auslegung ist indessen abzulehnen, denn sie läuft auf eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, des "Fundamentalsatzes des Strafverfahrens"²³⁾ hinaus. Die Vorschrift des § 250 S. 1 stellt den Grundsatz auf, daß, abgesehen von den ausdrücklich normierten Ausnahmen nach den §§ 251, 254 Abs. 1, 256 Abs. 1, stets die Person in der Hauptverhandlung zu vernehmen ist, auf deren Wahrnehmung der Beweis einer Tatsache beruht. Dem Gericht ist es also untersagt, in diesem Fall aus einem anderen Beweismittel seine Überzeugung zu schöpfen. Von diesem Grundsatz macht auch § 250 S. 2 keine Ausnahme in dem Sinne, daß Berichtsurkunden dann anstelle der Vernehmung der Wahrnehmungsperson verlesen werden dürfen, wenn sie nicht zu Beweis Zwecken geschaffen worden sind. Denn § 250 S. 2 stellt lediglich ein mit dem Gebot des § 250 S. 1 korrespondierendes Verbot auf, indem es die Verlesung schriftlicher Äußerungen über Wahrnehmungen erreichbarer Aussagepersonen verbietet. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt hierbei nichts, daß zwischen den berichtenden schriftlichen Erklärungen im Hinblick auf das Verbot eine Differenzierung Platz zu greifen hätte. Demnach sind alle schriftlichen Erklärungen berichtender Art als dem Beweisverbot des § 250 S. 2 unterliegend zu betrachten, ohne Unterschied, ob diese zu Beweis Zwecken geschaffen worden sind oder nicht²⁴⁾.

Ausnahmsweise ist die Verwertung schriftlicher Aufzeichnungen über Wahrnehmungen als statthaft zu erachten, wenn durch die Beweiserhebung nicht die Richtigkeit der Wahrnehmung beweisen werden soll, sondern lediglich die Tatsache, daß eine Urkunde bestimmten Inhalts vorhanden ist²⁵⁾. Nicht betroffen

19) Vgl. z.B. RGSt, 71, 10 ff. (10/11).

20) JR 1951, 483, 2. Sp.

21) BGHSt 6, 141 ff. (143) = NJW 1954, 1497 f.; auch BGHSt 6, 209 ff. (212) = NJW 1954, 1415 neigt zu dieser Ansicht.

22) So KMR § 250 Anm. 1 b.

23) RGSt 12, 104 ff. (105).

24) Ebenso Alsborg-Nüse, S. 303 f.; wohl auch Löwe-Rosenberg, § 250 Anm. 3 (S. 636) und Eb. Schmidt, § 250 Erl. 4.

25) RGSt 39, 258 ff. (259); 61, 9; Alsborg-Nüse, S. 271; Schwarz, § 250 Anm. 1b.

von dem Verbot des § 250 S. 2 werden ferner freilich alle diejenigen schriftlichen Erklärungen, die keine Wahrnehmung einer Person schildern, sondern Willensakte enthalten wie z.B. Aufforderungen, Mahnungen, Befehle oder Aufzeichnungen über eigene Vorhaben oder Erwägungen²⁶⁾. Denn in diesen Fällen ist das Schriftstück selbst für das erkennende Gericht das unmittelbarste und auch das zuverlässigere Beweismittel für den in ihm verkörperten Vorgang. Von einer Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips kann mithin im Falle der Verlesung solcher dispositiven Urkunden²⁷⁾ zu Zwecken des Urkundenbeweises nicht die Rede sein²⁸⁾.

Es zeigt sich somit, daß es für den Umfang der Verwertbarkeit schriftlicher Erklärungen im Sinne von § 250 S. 2 wesentlich darauf ankommt, ob es sich bei diesem um Dispositiv- oder Berichtsurkunden handelt, während es für das Eingreifen des Beweisverbotes unbeachtlich ist, ob Berichtsurkunden zu Beweis-zwecken hergestellt worden sind. Es fragt sich nunmehr, zu welcher der beiden Urkundsarten private Tonbandaufnahmen zu rechnen sind, die ein Gespräch oder andere Äußerungen des Menschen enthalten.

a) Verkörpert die Tonbandaufnahme die Schilderung eines Vorganges oder Ereignisses, so kann ihre Zugehörigkeit zur Gruppe der Berichtsurkunden nicht in Zweifel gezogen werden, denn sie enthält dann lediglich eine erzählende Darstellung über ein früheres Ereignis, wie etwa ein Brief.

b) Beinhaltet die Aufnahme dagegen eine strafbare Äußerung, z.B. eine Beleidigung, eine Drohung oder eine Aufforderung eines anderen zur Begehung strafbarer Handlungen, so ist zu unterscheiden, ob das Tonband eigens mit der entsprechenden Erklärung besprochen worden ist, oder ob bei einer gelegentlich einer Unterhaltung vorgenommenen Tonbandaufnahme derartige Äußerungen gewollt oder ungewollt auf ein Tonband gelangt sind²⁹⁾. Während es sich im ersten Fall ebenso wie bei einer eine derartige Äußerung enthaltenden schriftlichen Mitteilung eindeutig um eine dispositive Urkunde handelt³⁰⁾, könnte im zweiten Falle der Charakter der Urkunde zweifelhaft sein.

aa) Von einer Tonbandaufnahme, die ein solches strafrechtlich erhebliches Gespräch verkörpert, kann nicht gesagt werden, daß sie den Charakter einer berichtenden Urkunde besitzt. Diese enthält nämlich keine Schilderung über einen Vorgang mit den Worten der Person, die von dem Vorgang Kenntnis hat, sondern

26) Vgl. BGHSt 6, 212.

27) Vgl. oben S. 35.

28) Vgl. BGHSt, a.a.O.; RGSt 65, 294 ff. (295).

29) Diese Unterscheidung ist für Eb.Schmidt, LK II, Erl. 81 zu § 244, sowie für alle anderen Autoren, die die Urkundeneigenschaft des Tonbandes verneinen, selbstverständlich belanglos.

30) Zum Begriff der Dispositivurkunde vgl. oben S. 35.

sie übermittelt die akustisch erfaßbare Seite des Vorganges selbst, so wie er sich ursprünglich zugetragen hat.

bb) Die Merkmale einer Dispositivurkunde besitzt eine solche Tonbandaufnahme allerdings ebensowenig, denn sie verkörpert die strafbare Handlung nicht selbst, sondern gibt lediglich ein akustisches "Abbild" von derselben. Treffend hebt v. Kries³¹⁾ hervor, daß dispositive Urkunden den strafrechtlich relevanten Sachverhalt zur "Evidenz und Existenz" bringen. Derartiges kann aber von einer bei der Begehung einer strafbaren Äußerung hergestellten Tonbandaufnahme nicht gesagt werden. Die Aufnahme macht die strafbare Äußerung weder evident noch existent. Die Existenz und die mit ihr gegebene Evidenz sind vielmehr Voraussetzung für die Durchführung der Aufnahme. Die Aufnahme ist lediglich ein Akzidenz, welches der gefallenen Äußerung ihre Flüchtigkeit und Vergänglichkeit nimmt.

Jedoch steht eine solche Tonbandaufnahme der Dispositivurkunde näher als der berichtenden Urkunde, da sie, wie die Dispositivurkunde, den zu beweisenden Sachverhalt selbst in sich trägt und nicht nur eine auf der Wahrnehmung einer Person beruhenden Schilderung desselben gibt. Der Inhalt des Bandes ist mit dem zu beweisenden Vorgang identisch und stellt nicht nur - nach Art der Berichtsurkunde - in Form einer Erzählung Indizien für die Erkenntnis der festzustellenden Tatsachen zur Verfügung. Tonbandaufnahmen dieser Art sind daher wie dispositive Urkunden zu behandeln.

cc) Dies bedeutet, daß der Verwendung der Tonbandaufnahme als Beweismittel durch § 250 S. 2 keine Schranke gesetzt wird. Das erkennende Gericht ist daher berechtigt und gemäß § 244 Abs. 2 StPO sogar grundsätzlich verpflichtet, Tonbandaufnahmen über strafrechtlich relevante Erklärungen in der Beweisaufnahme anzuhören, um sich die Überzeugung davon zu verschaffen, ob eine solche Erklärung abgegeben worden ist oder nicht. Auch Tonbandaufnahmen von Vernehmungen, die zur Gruppe der Berichtsurkunden zählen, sind verwertbar, wenn sie lediglich dem Nachweis der Tatsache dienen sollen, daß ein Beteiligter bei der Vernehmung diese oder jene (z.B. beleidigende) Äußerung gemacht hat. Denn nach dem Gesagten sind diese insoweit dann als dispositive Urkunden zu betrachten.

III.

1) Bei der beweismäßigen Verwendung von Tonbandaufnahmen, die von privater Seite hergestellt worden sind, hat der erkennende Richter äußerste Vorsicht obwalten zu lassen. Dies gilt gleichermaßen für alle Aufnahmen, mögen diese

³¹⁾ S. 413.

nun lediglich für die Verschaffung von Augenschein geeignete Geräusche enthalten oder als Urkunden menschliche Gedankenäußerungen übermitteln. Handelt es sich um Aufnahmen, die im Urkundenbeweis verwendet werden sollen, so hat das erkennende Gericht, wie bei jeder anderen Urkunde auch, zunächst grundsätzlich³²⁾ die Frage zu klären, ob die festgehaltene Äußerung auch von derjenigen Person herrührt, die vom Beweisproduzenten als Urheber derselben bezeichnet wird. Erst wenn deren Urheberschaft und damit die Echtheit der Aufnahme festgestellt ist, darf der Tonbandinhalt zum Nachweis der Richtigkeit der sich aus ihm ergebenden Tatsachen im Wege des Urkundenbeweises zur Urteilsgrundlage gemacht werden. Von der Echtheit der Aufnahme hat sich das Gericht durch geeignete Beweise, etwa durch das Zeugnis der Person, welche die Aufnahme hergestellt hat, durch das Zugeständnis des betreffenden Sprechers, daß die Worte die seinigen sind, oder durch Stimmenvergleich³³⁾ zu überzeugen.

2) Soll die als echt befundene Tonbandaufnahme im Urkundenbeweis verwendet werden, so dürfen fernerhin hinsichtlich ihrer inhaltlichen Unverfälschtheit keine Zweifel bestehen. Unbefugte Änderungen des Inhalts einer echten Urkunde schließen zwar deren Benutzbarkeit nicht schlechthin aus, sofern die gefälschten Teile sich von den unverfälschten unterscheiden lassen³⁴⁾. In der Regel wird jedoch in solchem Falle teilweiser Fälschung bei Tonbandaufnahmen das Vertrauen in sie als Beweismittel derart erschüttert sein, daß der Beweiswert auch der anscheinend intakten Teile entfällt.

IV. Die Gefahr der nachträglichen Veränderung des Tonbandinhalts ist bei privaten Aufnahmen wesentlich größer als bei Aufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren, denn mit solchen Sicherungen, wie sie für amtliche Vernehmungen vorgeschlagen wurden, nämlich die Tonbandaufnahme zu versiegeln und stets in amtlichem Gewahrsam zu belassen, kann die privaterseits angefertigte Tonbandaufnahme nicht versehen werden. Fälscher solcher Aufnahmen haben daher reichlich Gelegenheit, mit Ruhe an dem zu fälschenden Band zu arbeiten. Sie haben auch

32) Ausnahmsweise ist der Urkundenbeweis mit Hilfe solcher Schriftstücke, deren Verfasser nicht feststellbar ist, möglich, wenn durch deren Verlesung nicht die Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen, sondern lediglich die schriftliche Niederlegung dieser Erklärung dieses Inhalts bewiesen werden soll, weil die Echtheitsfrage mit der Tatsache, daß eine Urkunde bestimmten Inhalts existiert, nichts zu tun hat, vgl. Alsberg-Nüse, S. 271, ferner Eb. Schmidt, § 249 Erl. 7, siehe auch RGSt 39, 259. - A.A. v. Hippel, S. 435; Bennecke-Beling, S. 341.

33) Die Echtheitsprüfung im Wege des Stimmenvergleichs hat das Gericht in jedem Fall von einem Sachverständigen durchführen zu lassen. Vgl. hierzu etwa die Entscheidung des RG v. 2.2.1931 in JW 1931, 949, wo das Reichsgericht für die Prüfung der Echtheit von Schriftstücken die Zuziehung eines Sachverständigen für notwendig hält. Bei dem zweifellos ohnehin schwierigeren Stimmenvergleich hat daher die Echtheitsprüfung mittels eigener Sachkunde des Gerichts erst recht auszuscheiden. Vgl. auch oben S.29 f.

34) Vgl. dazu etwa Ullmann, S. 392 und Groth, Der Urkundenbeweis S. 19.

die Möglichkeit, eine zurechtgestutzte Äußerung auf ein neues Band zu übertragen, so daß das Gesprochene den Eindruck eines zusammenhängenden Gesprächs vermittelt³⁵⁾.

Wegen der mannigfachen Fälschungsmöglichkeiten privater Aufnahmen ist diesen gegenüber ein besonders kritisches Verhalten am Platze. Sobald das erkennende Gericht nur die leisesten Zweifel an der Unversehrtheit einer als Beweismittel bedeutsamen Aufnahme hegt, hat dieses sich über die inhaltliche Unverändertheit der aufgenommenen Äußerungen durch ergänzende Beweisführung Klarheit zu verschaffen. Dies kann am einfachsten durch die eidliche Vernehmung derjenigen Personen geschehen, die nach der Aufnahme das Band in Besitz gehabt haben. Läßt sich auf diese Art über die Unverfälschtheit keine Klarheit gewinnen, so ist das Gericht aus dem Gesichtspunkt der materiellen Wahrheitsforschung verpflichtet³⁶⁾, die Aufnahme von einem Sachverständigen überprüfen zu lassen, der das aufgenommene Gespräch auf Streichungen oder sonstige Veränderungen hin untersucht. Gelangt das Gericht zu der Überzeugung, daß die Tonbandaufnahme unverfälscht ist, so steht ihrer Verwendung nichts mehr im Wege.

35) Vgl. etwa Siegert, Der Mißbrauch, S. 21.

36) Vgl. etwa Löwe-Rosenberg, Anm. 6 c zu § 244.

Vierter Abschnitt: Die Grenzen der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken im Strafprozeß

Bei den vorangehenden Betrachtungen haben wir gesehen, daß Tonbandaufnahmen, die im Ermittlungsverfahren oder privat hergestellt worden sind, strafprozessual zulässige Beweismittel darstellen, und zwar je nach den gegebenen Umständen als Urkunden oder als Augenscheinsobjekte fungieren können. Dabei wurde allgemein davon ausgegangen, daß das Zustandekommen der Aufnahme und ihre prozessuale Verwendung in rechtlich zulässiger Weise erfolgt sind. Nunmehr ist zu prüfen, wo die Grenze zwischen dem Rechtmäßigen und dem Nichtrechtmäßigen bei der Verwendung von Tonbändern verläuft. Dabei sind zunächst diejenigen Fälle ins Auge zu fassen, in denen vom rechtlichen Standpunkt aus gegen die Aufnahme und ihre Verwertung nichts einzuwenden ist.

§ 1 Die Verwertbarkeit rechtmäßig zustandegekommener Tonbandaufnahmen.

Im Rahmen dieser Untersuchungen wenden wir uns zuerst der Frage der rechtmäßigen Aufnahme, sodann derjenigen der rechtmäßigen Verwertung zu.

I.

1) Mit Recht wird im Schrifttum¹⁾ bei ausdrücklicher Zustimmung der sich aussernden Person die Veranstaltung von Tonbandaufnahmen als rechtlich zulässig angesehen, denn die Rechte des Sprechers können nicht verletzt werden, wenn dessen Einwilligung in die Aufnahme rechtmäßig und in beachtlicher Weise²⁾ erfolgt ist. Bei Aufnahmen im Ermittlungsverfahren empfiehlt es sich, die Einverständniserklärung durch die zu vernehmende Person auf Band sprechen zu lassen und diese außerdem noch in das schriftliche Protokoll aufzunehmen, um gegen eventuelles späteres Bestreiten der Zustimmung durch den Vernommenen gewappnet zu sein³⁾. Bezüglich der Aufnahmen, die im Privat- und Geschäftsleben hergestellt worden sind, kann im Bestreitensfalle der Beweis der Zustimmung - sofern dieser sich nicht aus der Aufnahme selbst ergeben sollte - möglicherweise durch die Vernehmung des Veranstalters geführt werden.

- 1) Vgl. etwa Siebert, Der Mißbrauch, S. 75, ders. NJW 1957, 689, ders. DRiZ 1957, 102, 1. Sp.; ders. GA 1957, S. 265/267; Greulich BB 1953, 818; Schulz, Pol-Prax. 1954, 115; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 639; Kohlhaas, RWP-Blatt 16 (D) StPO, II, 3, 282/70, ders. NJW 1957, 84; Heimerich BB 1956, 251/52; Kalsbach, AnwBl. 1956, 3, 6; in diesem Sinne auch Henkel, JZ 1957, 150/51, ders. Tonbandaufnahmen, S. 47 ff.; Coing, Tonbandaufnahmen S. 39/40; Leiber, ebenda S. 73; Entschliessung 1 u. 8 der Weinheimer Kommission, Tonbandaufnahmen, S. 99.
- 2) Geschäftsfähigkeit wird beim Einwilligenden wohl nicht zu fordern sein, wenn nur das genügende Verständnis und die erforderliche Einsicht in die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung bei ihm vorliegen.
- 3) Vgl. dazu Schulz, a.a.O., S. 115.

2) Die Einwilligung in die Sprechtaufnahme braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann auch durch konkludentes Verhalten des Sprechenden erfolgen.

a) Eine stillschweigende Einwilligung in die Aufnahme eines Gesprächs ist stets dann anzunehmen, wenn die Beteiligten vom Stattfinden der Aufnahme Kenntnis haben und ihrer Durchführung nicht widersprechen. Äußert sich z.B. jemand angesichts eines in Gang befindlichen Tonbandgerätes oder spricht er in ein vor ihm aufgestelltes Mikrophon hinein, so kann dieses Verhalten unbedenklich als Einwilligung in die Aufnahme gewertet werden, falls der Sprecher nicht hierzu gezwungen worden ist.

b) Man wird jedoch noch einen Schritt weitergehen und die stillschweigende Zustimmung zur Aufnahme auch in solchen Fällen unterstellen können, in denen der Sprechende zwar von der Veranstaltung der Aufnahme keine positive Kenntnis hat, nach den gegebenen Umständen jedoch mit dieser rechnen muß⁴⁾. Es ist heutzutage keine Seltenheit mehr, daß in öffentlichen Versammlungen und Veranstaltungen, mögen diese sich mit wirtschaftlichen, politischen oder kulturellen Themen befassen, Tonbandaufnahmen zu den verschiedensten Zwecken vorgenommen werden. Wer eingedenk dieser Möglichkeit bei solcher Gelegenheit in der Öffentlichkeit das Wort ergreift, ist daher als damit einverstanden zu betrachten, daß seine Worte durch Tonband oder auf sonstige Weise festgehalten werden⁵⁾. Diese Feststellung kann indessen keine Gültigkeit für Gerichtsverhandlungen beanspruchen; zwar finden auch sie regelmäßig in aller Öffentlichkeit statt. Die stillschweigende Einwilligung der Prozeßbeteiligten in die Aufnahme ihrer Äußerungen kann schon deshalb nicht vermutet werden, weil die Veranstaltung von Aufnahmen nach dem heutigen Stand der Dinge dort keineswegs Brauch ist und infolgedessen diese auch nicht mit Aufnahmen rechnen oder rechnen müssen⁶⁾. Der Unterschied gegenüber anderen öffentlichen Veranstaltungen und Versammlungen besteht jedoch vor allem darin, daß die Situation vom Sprechenden her gesehen bei gerichtlichen Verhandlungen eine ganz andere ist als bei sonstigen öffentlichen Zusammenkünften. Der Sprecher in einer öffentlichen Versammlung ergreift das Wort regelmäßig aus freien Stücken, während in der Hauptverhandlung Richter, Staatsanwalt und Verteidiger aufgrund ihres Amtes und der Angeklagte im Interesse seiner Verteidigung sich zu äußern gehalten sind. Die Aussagepflicht des Zeugen ergibt sich aus der jedem Staatsbürger

4) Ebenso Kalsbach, AnwBl. 1956, 3, 6; Siegart, Der Mißbrauch, S. 75.

5) Ebenso Kalsbach, a.a.O., S. 3; Bussmann, Verhandlungen I, S. 45; Siegart, NJW 1956, 690, 1.Sp.; Sandler, S. 31; vgl. auch Satz 2 des Gesetzesvorschlages der CDU/CSU-Fraktion aus dem Jahre 1953, oben S. 1, ferner Entscheidung 4 der Weinheimer Kommission.

6) A.A. Kalsbach, S. 3; Sandler, S. 105.

obliegenden Zeugnisspflicht⁷⁾, deren Erfüllung mit den Zwangsmitteln des § 70 StPO erzwungen werden kann. Die Pflicht des Sachverständigen zur Erstattung seines Gutachtens in der Hauptverhandlung beruht auf § 75 StPO. Bei Prozeßbeteiligten kann demnach in der Wortergreifung als solcher keine konkludente Zustimmung zur Aufnahme ihrer Äußerungen erblickt werden. Aufnahmen in der Hauptverhandlung sind vielmehr nur unter der Voraussetzung als zulässig zu erachten, daß a l l e Prozeßbeteiligten zustimmen⁸⁾.

c) Aber nicht nur in öffentlichen Veranstaltungen und Kundgebungen, sondern auch bei Aussprachen und Diskussionen in engeren Kreisen, wie z.B. bei internen Versammlungen, Konferenzen, Arbeitsgemeinschaften, kann die Zustimmung zur Herstellung von Tonbandaufnahmen unterstellt werden, wenn es bei den betreffenden Gremien bereits Brauch geworden ist, die Besprechungsergebnisse zur besseren Erfüllung ihrer Aufgabe durch Tonbandaufnahmen zu sichern⁹⁾. Eine stillschweigende Zustimmung kann allerdings nur insoweit vorausgesetzt werden, als allgemeine, die Privatsphäre des einzelnen nicht berührende Fragen Gegenstand der Erörterung sind.

3) Während sonach bei u n p e r s ö n l i c h e n Aussprachen und Erörterungen innerhalb größerer Personengruppen in der Regel von einer stillschweigenden Einwilligung der Sprechenden in die Veranstaltung von Tonbandaufnahmen ausgegangen werden kann, muß bei U n t e r r e d u n g e n v o n P e r s o n z u P e r s o n im geschäftlichen oder privaten Verkehr vor einer allzu schnellen Bejahung der stillschweigenden Einwilligung gewarnt werden.

a) Von den Gesprächen im nicht öffentlichen Bereich ist zunächst an die g e s c h ä f t l i c h e n Verhandlungen und Absprachen zu denken. Gerade bei diesen besteht mitunter ein besonderes Interesse an der Fixierung, um die Ergebnisse der Unterredung "schwarz auf weiß" in Händen zu haben.

Coing¹⁰⁾ erachtet Geschäftspartner mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen für verpflichtet, die Tonaufnahme des Gesprächs durch den anderen Teil zu gestatten. Wenn aber, so folgert er, eine Pflicht zur Einwilligung bestehe, sei die Aufnahme einer geschäftlichen Unterredung "kraft zu vermutender Einwilligung" berechtigt. Die Aufzeichnung geschäftlicher Besprechungen bedarf nach ihm also regelmäßig keiner ausdrücklichen Genehmigung durch die anderen Beteiligten; deren Einwilligung ist vielmehr zu unterstellen.

7) Vgl. etwa Eb. Schmidt, LK I, Nr. 64, LK II, Vorb. 16a vor §§ 48 ff.

8) Ebenso Eb. Schmidt, LK I Nr. 345 b bis d, ders. Gedächtnisschrift, S. 643, ders. JZ 1956, 209 ff. (211); Sarstedt, JR 1956, 121 ff. (126), ders. Tonbandaufnahmen, S. 57 ff.; Heimerich, BB 1956, 251/52, BGH in NJW 1957, 881/82. Vgl. zu dieser Streitfrage die oben S. 3 Anm. 11 gegebene Übersicht zum derzeitigen Stand der Meinungen.

9) Ebenso Kalsbach, a.a.O.

10) Tonbandaufnahmen, S. 40.

Gegen diese Ansicht Coings können in rechtsdogmatischer Hinsicht keine Einwände erhoben werden. Durch den Eintritt in geschäftliche Verhandlungen mit dem Ziel, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, entsteht zwischen den Partnern ein gesetzliches Schuldverhältnis¹¹⁾, welches diesen vertragsfreundliche Pflichten, wie z.B. Mitteilungs-, Aufklärungs- und Erhaltungspflichten, auferlegt. Zu diesen Obliegenheiten kann durchaus auch die Pflicht der Partner gerechnet werden, die Fixierung von Vertragsverhandlungen zu Beweis Zwecken zu gestatten. Auch der Schluß Coings aus der P f l i c h t zur Einwilligung auf die in der Führung von Vertragsverhandlungen liegende stillschweigende Einwilligung ist unbedenklich, denn solange der eine Vertragspartner der Aufnahme des anderen nicht widerspricht, muß davon ausgegangen werden, daß er sich vertragsgemäß verhalten, d.h. die Tonbandaufnahme gestatten will. Eine solche konkludente, mutmaßliche Einwilligung des Sprechers kann allerdings nur unter der Voraussetzung angenommen werden, daß der Sprecher die Veranstaltung von Aufnahmen überhaupt für möglich hält. Die Einwilligung des Sprechers kann daher nicht unterstellt werden, solange die Aufnahme geschäftlicher Gespräche nicht zur allgemeinen Übung geworden ist.

Aber selbst wenn die Verwendung von Tonbandgeräten bei geschäftlichen Unterredungen bereits Brauch geworden sein sollte, müßte von einer Unterstellung der Einwilligung des Sprechers in die Aufnahme abgesehen werden. Die allgemeine Manie des Festnagelns, des Festlegens und des Sichdeckens, die mit dem Durchschlag in der Korrespondenz begonnen hat, würde durch die unangekündigte Veranstaltung von Tonbandaufnahmen bei geschäftlichen Unterredungen eine Steigerung bis ins Unerträgliche erfahren¹²⁾. Die dadurch erzeugte Furcht, auf irgendeine unbedachte Äußerung festgelegt zu werden, die vielleicht in einem späteren Prozeß gegen die eigene Person verwertet wird, würde jede unbefangene Aussprache zunichte machen, ohne die man gerade im Geschäftsleben nicht auskommen kann¹³⁾. Es ist daher keineswegs wünschenswert, die Verwendung des Tonbandes ohne vorherige Ankündigung im Geschäftsleben zur allgemeinen Sitte werden zu lassen.

b) Die Bedenken, daß durch den Gebrauch von Tonbandgeräten die offene und ungezwungene Aussprache beseitigt oder gehemmt werden könnte, entfallen dort, wo der Mensch gewöhnlich mit Besonnenheit und Bedachtsamkeit zu reden pflegt, nämlich bei amtlichen Vernehmungen. Wer vor der Polizei, dem Staatsanwalt oder dem Richter als Beschuldigter, Zeuge oder Sachverständiger Aussagen macht, ist sich bewußt, daß es auf jedes seiner Worte ankommt, und daß diese zur weiteren Auswertung festgehalten werden. Als Aussageperson überlegt man sich daher ge-

11) Vgl. statt vieler L. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearb. besorgt v. H. Lehmann, 1950, S. 180.

12) Vgl. dazu Freund, Tonbandaufnahmen, S. 27.

13) Ebenso BGH NJW 1958, 1344, 2. Sp., 1345, 1. Sp., 2. Absatz.

nau, was man sagt. Jedoch darf aus dem regelmäßig vorauszusetzenden Bewußtsein der Aufzeichnung der Aussage nicht geschlossen werden, daß der Vernommene auch mit der Fixierung seiner Angaben durch Tonband einverstanden ist¹⁴⁾. Die Tatsache, daß dieser die schriftliche Fixierung seiner Aussage billigt, rechtfertigt nicht die Vermutung, daß er auch gegen eine Tonbandaufnahme nichts einzuwenden hat. Es ist durchaus denkbar, daß der Vernommene aus Scheu vor der wortwörtlichen Aufzeichnung seiner Äußerungen mit allen Schwächen und Entgleisungen des sprachlichen Ausdrucks sowie den in der Stimme sich niederschlagenden Gemütsbewegungen, die Aussage vor einem Tonband verweigert¹⁵⁾. Bekanntlich sind hierzu der Beschuldigte, der gemäß § 136 StPO Abs. 1 S. 2 weder vor der Polizei oder dem Staatsanwalt noch vor dem Richter auszusagen braucht, sowie der Zeuge¹⁶⁾, der jedenfalls gegenüber der Polizei nicht zur Aussage verpflichtet ist¹⁷⁾, ohne weiteres befugt.

Gegen das vermutete stillschweigende Einverständnis der Aussageperson spricht - abgesehen von der eventuellen Abneigung gegen Tonbandaufnahmen - insbesondere der Umstand, daß diese überhaupt nicht mit der Aufnahme ihrer Aussage rechnet, denn das Tonband genießt - wenigstens augenblicklich - noch nicht den Ruf eines amtlichen Protokollierungsmittels. Tatsächlich bildet die Aufnahme von Vernehmungen in der polizeilichen Praxis heutzutage noch einen seltenen Ausnahmefall. Zwar verfügen größere Polizeistationen vielfach über Tonbandgeräte; diese werden jedoch wegen der damit verbundenen Kosten meist nur bei der Aufklärung von Kapitalverbrechen zu Protokollierungszwecken verwendet. Solange sich das Tonband aber nicht als ein allgemein übliches, jedermann bekanntes Protokollierungsmittel durchgesetzt hat, kann ein stillschweigendes Einverständnis des Vernommenen in die Aufnahme seiner Aussage generell nicht angenommen werden.

c) Demgegenüber kann auch bei weitester Verbreitung des Tonbandgerätes mit einer stillschweigenden Einwilligung in die Aufnahme privater Unterhaltungen im vertrauten Kreise in keinem Falle - insbesondere auch nicht bei Aufnahmen

14) In diese Richtung weisen die Ausführungen Meinerts. S. 246.

15) Vgl. dazu Hellwig, Krim.Mon. 1935, 145/46.

16) Vgl. statt vieler Eb. Schmidt, LK II, Vorb. 17 vor §§ 48 ff.

17) Zweifelhafte ist, ob ein Zeuge bei einer richterlichen Vernehmung mit den Zwangsmitteln nach § 70 StPO zur Aussage auf Tonband gezwungen werden kann; bejahend: Kohlhaas, DRiZ 1955, 81, 2. Sp. (Mitte); Henkel, JZ 1957, 151, 2. Sp. und Siegert, DRiZ 1957, 103, 2. Sp.; verneinend: Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 641. - Ist der Zeuge bereit, auszusagen, wenn die Aufnahme unterbleibt, so handelt es sich nur um eine bedingte Aussageverweigerung, gegen die aus § 70 StPO nicht vorgegangen werden kann, da eine Pflicht des Zeugen, auf Band zu sprechen, unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (vgl. unten S. 80 f.) sicherlich so lange nicht angenommen werden kann, als die Tonbandaufnahme als Protokollierungsmittel nicht gesetzlich anerkannt ist. Im Falle des Widerspruchs muß sich daher auch der Richter mit der schriftlichen Protokollierung begnügen.

durch einen Gesprächspartner - gerechnet werden¹⁸⁾. Ihre Unterstellung widerspräche völlig unseren gesellschaftlichen Anschauungen sowie der Natur des Menschen, der als sittlich und geistig freies Wesen einen Anspruch auf Belassung einer Privat- und Geheimsphäre besitzt¹⁹⁾. Die Zulassung unangekündigter Tonbandaufnahmen im privaten Bereich würde die Menschheit in einen Zustand ständigen gegenseitigen Mißtrauens versetzen, der schließlich "ein großes Schweigen"²⁰⁾ zur Folge hätte²¹⁾. Im Interesse eines ungestörten menschlichen Zusammenlebens ist daher die unangekündigte Aufnahme aus dem Privatleben ausnahmslos zu verbannen. Niemals darf sich die Auffassung durchsetzen, daß ein Gesprächspartner mit der stillschweigenden Einwilligung des anderen in die Aufnahme seiner Äußerungen rechnen darf²²⁾.

II.

Nachdem festgestellt ist, daß gegen die Veranstaltung von Tonbandaufnahmen im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des Sprechers keine rechtlichen Bedenken bestehen, haben wir uns der Frage der Verwertbarkeit solcher legal zustandegekommenen Tonbandaufnahmen im Strafverfahren zuzuwenden. Es ist im Schrifttum mehrfach die Auffassung vertreten worden, daß Tonbandaufnahmen, die mit dem Einverständnis des Sprechenden angefertigt worden sind, nur mit Zustimmung desselben zu Beweis Zwecken verwendet werden dürfen²³⁾. Indessen erscheint die Beschränkung der Verwertbarkeit genehmigter Tonbandaufnahmen in diesem Umfange nicht gerechtfertigt. Jedermann weiß, daß die Aufnahme einer Äußerung allein zu dem Zweck ihrer späteren Wiedergabe geschieht. Wer bewußt ein Tonband bespricht, ist daher grundsätzlich auch mit der Reproduktion des Bandinhaltes als einverstanden zu betrachten.

Allerdings kann in der Zustimmung zur Tonbandaufnahme nicht das Einverständnis des Sprechers in jede beliebige Verwendung der Aufnahme erblickt werden²⁴⁾. Wenn die Tonbandaufnahme einem ganz bestimmten, von vornherein erkennbaren Zweck dient, muß davon ausgegangen werden, daß der Sprecher die Reproduktion seiner Äußerung nur in diesem Rahmen gestatten will. So deckt die Einwilligung in die Aufnahme interner Besprechungen, etwa von Fraktionsberatungen, lediglich die Verwendung der Aufnahme zur Erfüllung der Aufgaben des betreffenden

18) A.-A. Roskosh, a.a.O., S. 471.

19) Vgl. dazu Hubmann, S. 227; Süß, S. 189 f.

20) Freund, Tonbandaufnahmen, S. 29.

21) In diesem Sinne auch Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 1.Sp.; 84, 2. Sp. a.E.; Heimerich, BB 1956, 250/51; Sandler, S. 94; Siegert, DRiZ 1957, 103, 1. Sp.; Röhl, JZ 1957, 68, 1.Sp.

22) Ähnlich Grundsatzentscheidungen Nr. 3 der Weinheimer Tagung, Tonbandaufnahmen, S. 98.

23) So Pleyer, S. 327; Satz 3 und 8 der Entschließung der Weinheimer Kommission.

24) A.-A. offenbar Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 1.Sp. (unter d): Werhahn, Das Tonband und seine Stellung im Recht, S. 36 und Kalsbach, AnwBl. 1956, S. 3.

Gremiums. Zur anderweiten Benutzung solcher Aufnahmen wäre eine besondere Zustimmung der beteiligten Sprecher erforderlich. Auch die rechtmäßige Verwendung zur Sachaufklärung bei Gericht würde daher das Einverständnis der Sprechenden voraussetzen. Für die Verwertung von *P r i v a t* aufnahmen zu Beweis Zwecken gilt dasselbe. Es bedarf der besonderen Genehmigung, wenn eine nicht zum Nachweis rechtserheblicher Tatsachen hergestellte private Tonbandaufnahme in diesem Sinne verwendet werden soll. Bei Aufnahmen von Vernehmungen des Ermittlungsverfahrens ist hingegen eine weitere Zustimmung des Vernehmenen zur Verwertung des Bandes bei gerichtlichen Beweisaufnahmen nicht notwendig²⁵⁾. Die Zustimmung in die Aufnahme umfaßt hier zugleich die Zustimmung in diese Art der Verwertung, denn die Aufnahme wird in diesem Fall letztlich nur zum Zweck der besseren richterlichen Sachaufklärung hergestellt.

III.

Die vorstehenden Betrachtungen zeigen, daß die Herstellung von Tonbandaufnahmen und deren Verwendung im Prozeß zulässig sind, sofern die Aufnahme und grundsätzlich auch die Verwertung im Einverständnis mit dem Sprechenden erfolgt sind. Es fragt sich nun, ob auch die heimliche, d.h. die weder ausdrücklich noch stillschweigend gebilligte Fixierung von Äußerungen anderer Personen erlaubt ist und die auf solche Weise gewonnenen Aufnahmen bei gerichtlichen Beweisaufnahmen verwendet werden dürfen.

Mangels einer eindeutigen gesetzlichen Bestimmung ist auch diese Frage umstritten. Aus dem gesamten Gebiet der Tonbandproblematik hat keine andere Frage solche Beachtung gefunden wie das Problem der heimlichen Tonbandaufnahme. In den im juristischen Schrifttum²⁶⁾ sowie in Tageszeitungen²⁷⁾ leidenschaftlich geführten Diskussionen wird meist eindringlich gefordert, daß die heimliche Aufnahme und ihre Verwertung bei gerichtlichen Verfahren ein für allemal verboten bleiben muß. Jedoch fehlt es auch nicht an Stimmen, welche die heimliche Aufnahme und ihre prozessuale Verwertung für durchaus zulässig erachten²⁸⁾.

Im folgenden ist demnach zu untersuchen, ob gegen solche ohne Wissen und Willen der sich Äußernden Person veranstaltete Tonbandaufnahmen und deren beweismäßige Verwendung im Prozeß irgendwelche rechtliche Bedenken bestehen. Dabei wird zunächst die Frage der Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen im Strafprozes-

25) Zutreffend Röhl, JZ 1957, 68, 2. Sp., entgegen Satz 8 der EntschlieBung der Weinheimer Kommission, Tonbandaufnahmen, S. 99.

26) Vgl. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 625 ff.; JZ 1956, 206 ff.; Heime- rich, BB 1956, 250 f.; Siebert, Der Mißbrauch, S. 63 ff., ders. NJW 1957, 690, DRiZ 1957, 102 f.; Kalsbach, a.a.O., S. 4 f.; Coing, Tonbandaufnahmen, S. 36 ff.; Henkel, JZ 1957, 150 f., ders. Tonbandaufnahmen, S. 49; Schüle, ebenda S. 79 u.a.m.

27) Vgl. oben S. 55 Anm. 6.

28) Vgl. etwa Schulz, PolPrax. 1954, 115; Höfler, Krim. 1954, 236; BGH 1 Str

sualen Ermittlungsverfahren einerseits sowie im privaten Bereich andererseits den Gegendand unserer Betrachtung bilden. Anschließend werden wir uns dem Problem der prozessualen Verwertbarkeit derartiger insgeheim zustande gekommener Tonbandaufnahmen zuwenden.

§ 2 Die heimliche Tonbandaufnahme

A.

Was die Frage der Zulässigkeit der heimlichen Tonbandaufnahme im Rahmen des Vorverfahrens anlangt, so ist hierbei in erster Linie an § 136a StPO zu denken. Diese durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 eingefügte Bestimmung untersagt den Organen der Strafrechtspflege²⁹⁾, sich zur Sachverhaltsaufklärung solcher Methoden zu bedienen, durch die Beschuldigte, Zeugen (§ 69 Abs. 3) und Sachverständige (§ 72 StPO) ihrer Freiheit hinsichtlich der Willensentschließung und Willensbetätigung beraubt und damit vom Prozeßsubjekt zum Verfahrensobjekt herabgewürdigt werden³⁰⁾. Aus der systematischen Stellung des § 136a erhellt³¹⁾, daß in erster Linie an die sittliche Freiheit in Bezug auf das "Ob" und das "Wie" der Aussage der betreffenden Verfahrensbeteiligten bei Vernehmungen zu denken ist. Jedoch bezieht sich § 136a nicht nur auf den zeitlich kleinen Bereich der Vernehmung, so daß etwa die durch ihn untersagten Mittel - sofern Strafgesetze sie nicht verbieten - außerhalb derselben im Ermittlungsverfahren angewendet werden dürften³²⁾. Diese Bestimmung bringt vielmehr das allgemeine Prinzip zum Ausdruck, daß alle Zwangs- und Gewaltmaßnahmen sowie jegliche anderen unlauteren Mittel aus dem Strafverfahren überhaupt fernzuhalten sind. § 136a bezweckt also den Schutz der in ein Strafverfahren einbezogenen Personen vor unlauterer Beeinflussung schlechthin³³⁾. Im Hinblick auf die heimliche Tonbandaufnahme im Ermittlungsverfahren kommt von den in § 136a beispielhaft³⁴⁾ aufgezählten verbo-

11/54 und 4 StR 405/55; Kohlhaas, DRiZ 1955, 81/82; ders. RWP-Blattei 16 (D) StPO II, 3 282, 70; Spengler, RWP-Blattei 4 (D) Wettbewerb I, S. 168/69; Meinert, S. 246; Sandler, S. 29/30; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 74, welche die heimliche Aufnahme im Ermittlungsverfahren grundsätzlich für zulässig erachten.

29) das sind die Beamten der Polizei (§ 163 Abs. 2), der Staatsanwaltschaft (§ 161 Abs. 2) sowie vor allen Dingen der Richter, an den sich der in den Abschnitt über die richterliche Vernehmung eingefügte § 136a in erster Linie wendet; vgl. dazu Eb. Schmidt, LK II, Vorb. 4 vor §§ 133 ff. und die dort Genannten.

30) Eb. Schmidt, § 136a, Erl. 7; BayObLGSt, 1949/51, 459/60.

31) § 136a befindet sich im Abschnitt "Vernehmung des Beschuldigten".

32) Vgl. dazu Löwe-Rosenberg, § 136a, Anm. 8; Eb. Schmidt, § 136a, Erl. 5; Hellwig, S. 219 ff.; Siegert, Der Mißbrauch, S. 64 ff.; v. Rechenberg, Krim. 1954, 79; Sandler, S. 6 f., 17 f. - A.A. KMR, a.a.O. und Laux, a.a.O.

33) So Laux, SchlHA 1951, 40, 1. Sp., allerdings mit gewissen Einschränkungen, ebenso grundsätzlich auch KMR Anm. 3 f. zu § 69.

34) Vgl. etwa Eb. Schmidt, § 136a, Erl. 7; Henkel, S. 228; Erbs, NJW 1951, 387.

tenen Aufklärungsmitteln das der Auslegung noch mancherlei Schwierigkeiten bietende³⁵⁾ Moment der Täuschung³⁶⁾ in Betracht.

I.

Zunächst ist zu prüfen, ob die während einer V e r n e h m u n g³⁷⁾ heimlich veranstaltete Aufnahme eine unzulässige Täuschungshandlung im Sinne des § 136a darstellt.

Anerkanntermaßen ist nicht jede Überlistung von Beschuldigten und Zeugen zwecks Erreichung eines besseren Vernehmungsergebnisses als beachtliche Täuschung anzusehen und infolgedessen unzulässig, denn im Ermittlungsverfahren können gewisse "Kriegslisten" nicht restlos entbehrt werden³⁸⁾. Nur solche Listigkeiten fallen unter das Verbot des § 136a, die auf die Herbeiführung erheblicher die Entscheidungsfreiheit beeinflussender Irrtümer abzielen³⁹⁾. Die Grenze zwischen der noch erlaubten und der verbotenen Irrtumsregung ist flüssig. Es kann daher nur im konkreten Einzelfall festgestellt werden, ob die Überlistung der Aussageperson bereits ein nach § 136a unzulässiges Ver-

35) Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtsprechung, abgesehen von NJW 1953, 1114, zu dem Merkmal der Täuschung noch nicht geäußert.

36) Im Zusammenhang mit heimlichen Tonbandaufnahmen kann ferner die Hypnose Bedeutung gewinnen. Die übrigen unzulässigen Vernehmungsmittel des § 136a, wie z.B. Zwang, Drohungen oder Versprechungen, scheiden bei der heimlichen Tonbandaufnahme aus, weil von Heimlichkeit der Aufnahme nicht mehr gesprochen werden kann, wenn der Vernommene durch derartige Mittel zur Duldung der Aufnahme veranlaßt wird.

37) Der hier verwendete Begriff der "Vernehmung" umfaßt nicht nur die förmliche Vernehmung, sondern jedes Gespräch, das im Ermittlungsverfahren zwischen Verhörsperson und Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen bezüglich des Gegenstandes der Vernehmung (vgl. hierzu BGHSt 7, 74) stattfindet. Auch eine nach Abschluß der eigentlichen Vernehmung in "aufgelockerter Weise" geführte Unterhaltung über den bisherigen Vernehmungsgegenstand - wie dies in dem vom 4. Senat des BGH (4 StR 405/55) entschiedenen Fall geschehen ist - ist daher als Vernehmung in diesem Sinne aufzufassen, vgl. auch dazu unten S. 76 ff. Auch in dem von v. Rechenberg, Krim. 1954, 81, mitgeteilten Fall, der sich in der Schweiz (Bern) zugetragen hat, lag eine Vernehmung in dem hier angenommenen weiteren Sinn vor. Gegenstand der heimlichen Aufnahme war bei jenem ein Gespräch zweier Beschuldigten, die sich, nachdem der Untersuchungsrichter scheinbar zufällig das Vernehmungszimmer verlassen hatte, privatim über die den Vernehmungsgegenstand bildende Tat unterhielten. Auch die durch das Weggehen des Beamten entstandene "Kunstpause" stellt einen Teil des Vernehmungsaktes dar. - A.A. KMR, § 69 Anm. 3 f.

38) Zur Veranschaulichung möge das bei Peters, S. 261, angeführte Beispiel dienen: Nach einem Einbruch in einer Metzgerei begab sich ein Polizeibeamter in die Wohnung eines Ortseinswohners, den er für den Täter hielt. Er nahm dabei den Hund des Metzgermeisters mit, wodurch er bei dem Tatverdächtigen den Eindruck erweckte, der Hund habe ihn dorthin geführt. Als der Täter den Beamten mit dem Hund sah, glaubte er, der Hund habe den Beamten auf seine Spur gebracht und legte sogleich ein Geständnis ab. - Die hier von den Polizeibeamten angewandte List stellt keine Täuschung im Sinne § 136a dar.

39) So die einhellige Ansicht, vgl. z.B. Löwe-Rosenberg, § 136 a Anm. 9 c; Eb. Schmidt, LK II, Erl. 13 zu § 136a, ders. Gedächtnisschrift, S. 640 a.E.; Schwarz, § 136a Anm. 1 A, e; Peters, S. 261/62; Erbs, NJW 1951, 388;

nehmungs mittel darstellt.

1) a) Zutreffend führt Schulz⁴⁰⁾ aus, daß eine die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigende, unzulässige Täuschungshandlung stets dann vorliegt, wenn der Verhørsbeamte die Vernehmung heimlich auf Tonband aufnimmt, obgleich er zuvor dem Vernommenen zugesichert hatte, die Aufnahme zu unterlassen, denn in diesem Fall ist die Aussageperson durch die wahrheitswidrige Zusicherung zur Aussage veranlaßt worden. Das Unterbleiben der Aufnahme braucht aber nicht unbedingt ausdrücklich zugesichert zu werden, sondern kann auch durch konkludentes Verhalten zu verstehen gegeben werden. Dies geschah beispielsweise in dem vom BGH⁴¹⁾ entschiedenen Fall, wonach ein Kriminalbeamter sich nach Beendigung der protokollarischen Vernehmung mit der Beschuldigten in ein anderes Zimmer begab, um sich dort mit ihr "in aufgelockerter Weise" über den bisherigen Vernehmungsgegenstand zu unterhalten. Diese "Unterhaltung", welcher der Verhørsbeamte durch seine Verschleierungsmanöver den Charakter einer amtlichen Vernehmung nahm und dadurch bei der Vernommenen den Eindruck erweckte, ihre Aussage werde nicht festgehalten, wurde durch ein versteckt aufgestelltes Tonbandgerät aufgenommen. Da sich die Beschuldigte bei Kenntnis der Aufnahme entweder überhaupt nicht oder zumindest nicht in der geschehenen Art geäußert hätte, muß das Verhalten des Verhørsbeamten als Täuschung im Sinne von § 136a angesehen werden⁴²⁾. In diesen Fällen der ausdrücklichen und stillschweigenden Zusicherung liegt das täuschende Verhalten des Verhørsbeamten allerdings nicht allein in der heimlichen Aufnahme als solcher, sondern vor allen Dingen in der wahrheitswidrigen Erklärung bzw. in der durch konkludentes Verhalten vorgespiegelten Absicht, von einer Aufzeichnung der Aussage Abstand nehmen zu wollen. Beide Momente zusammen genommen ergeben hier die Täuschung.

b) Nunmehr soll jedoch der in der Praxis bereits häufiger vorgekommene Fall untersucht werden, in dem die Nichtanfertigung von Tonbandaufnahmen weder ausdrücklich noch stillschweigend seitens des Verhørsbeamten wahrheitswidrig zugesichert, vielmehr die Vernehmung ohne jede positive Täuschungshandlung auf ein heimlich mitlaufendes Band aufgenommen worden ist. Es fragt sich, ob auch in diesen Fällen eine beachtliche Täuschung im Sinne von § 136a vorliegt. Dies wird im Schrifttum vielfach mit dem Hinweis darauf verneint, der Vernommene wisse von vornherein, daß seine Äußerungen festgehalten werden⁴³⁾. Es er-

Dallinger, SJZ 1950 Sp. 734; Laux, SchlHA 1951, 39.

40) PolPrax 1954, 115; ebenso Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 641; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82, 1.Sp., ders. NJW 1957, 84, 1. Sp.; Henkel, JZ 1957, 150; Siegert, DRiZ 1957, 102, 2.Sp.

41) 4 StR 405/55 = JZ 1956, 227.

42) A.A. BGH a.a.O., wie hier Eb. Schmidt, JZ 1956, 208/209.

43) So Höfler, Krim. 1954. 236; Schulz, PolPrax. 1954, 116; Kohlhaas, DRiZ

scheint jedoch höchst zweifelhaft, ob das allgemeine Wissen um die Aufzeichnung der Aussage die heimliche Aufnahme zulässig macht, mit der Folge, daß sie niemals als verbotene Vernehmungsmethode in Frage kommt⁴⁴⁾

aa) Unter Täuschung im Sinne von § 136a ist die Herbeiführung eines erheblichen Irrtums durch den Verhørsbeamten zu verstehen.

Eine Aussageperson befindet sich in einem Irrtum, wenn ihre Vorstellung von der wirklich gegebenen Tatsachenlage abweicht⁴⁵⁾. Von Irrtum kann somit allenfalls dann gesprochen werden, wenn sich die zu vernehmende Person von der anzuwendenden Protokollierungsmethode eine konkrete Vorstellung gemacht hat⁴⁶⁾. Da wohl die wenigsten Aussagepersonen sich über die Art der Fixierung ihrer Angaben Gedanken machen, wird vielfach mangels Irrtums überhaupt keine Täuschung gegeben sein. Sicherlich liegt dagegen ein Irrtum bei denjenigen Aussagepersonen vor, die mit keiner anderen als der bisher allein gebräuchlichen Art der schriftlichen Protokollaufnahme rechnen⁴⁷⁾, da Vorstellung und Wirklichkeit sich in diesem Fall nicht decken.

Der Irrtum muß ferner durch den Verhørsbeamten herbeigeführt worden sein, d.h. er muß auf dem Verhalten des Beamten beruhen. Die Erregung des Irrtums kann durch eine positive Tätigkeit - wie z.B. eine unwahre Erklärung - oder durch Untätigsein - wie z.B. das Verschweigen gewisser Tatsachen - erfolgen. Allgemein wird im Schrifttum nur der durch ein *a k t i v e s* Verhalten des Verhørsbeamten bewirkte Irrtum als erheblich im Sinne von § 136a gewertet. So sehen Löwe-Rosenberg⁴⁸⁾ im Anschluß an Erbs⁴⁹⁾ nur den "absichtlich"⁵⁰⁾ herbeigeführten Irrtum als relevant an.

Läßt der Verhørsbeamte den Befragten über bestimmte Tatsachen im Ungewissen, so verstößt dieser ihrer Meinung nach nicht gegen das Täuschungsverbot des § 136a. Im gleichen Sinne betrachten KMR⁵¹⁾ nur den durch "das bewußt wahrheits-

1955, 81; ders. RWP-Blattei, 16 (D) StPO II, 3, 282/70; ders. NPolArch., Leitzahl 512, § 136a, Blatt 8; Meinert, S. 246; Leiber PolPrax. 1957, 26. - Auch der BGH nimmt in seinen Entscheidungen (1 StR 11/54, 4 StR 405/55, 3 StR 626/54) an der Heimlichkeit der Aufnahme keinen Anstoß; zustimmend Spengler, RWP-Blattei 4 (D) Wettbewerb I, S. 168 f.; - Siegert, Der Mißbrauch, S. 64 u. DRiZ 1957, 102, 2.Sp., lehnt eine Täuschung im Sinne von § 136a zwar ab, folgert jedoch die Unzulässigkeit heimlicher Aufnahmen aus Art. 1 u. 2 GG.

44) In diesem Sinne auch Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 641 Anm. 56.

45) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 136a Anm. 9c; (S. 355): siehe dazu auch Schönke-Schröder, § 263, V, 1.

46) So die herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung zu § 263 StGB, welche die sogenannte ignorantia facti mangels einer bestimmten Vorstellung nicht als Irrtum im Sinne von § 263 StGB ansieht, vgl. dazu Schönke-Schröder, § 263, V, 1, mit den dort angegebenen Literaturnachweisen.

47) Zutreffend Eb. Schmidt, a.a.O., S. 641.

48) § 136a Anm. 9 c.

49) NJW 1951, 388, 1.Sp.

50) Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die "absichtliche" Irrtumserregung nicht nur durch ein aktives Verhalten, sondern auch durch ein Untätigsein

widrige Vorspiegeln oder entstellen", nicht aber den durch "Unterdrücken" oder "Geheimhalten" von Tatsachen bewirkten Irrtum als Täuschung, da der Vernehmungsbeamte nicht verpflichtet sei, den Vernommenen über jede infolge Unkenntnis von Tatsachen hervorgerufene Irrung oder jedes Mißverständnis aufzuklären⁵²⁾.

Dies ist durchaus richtig, soweit die geheimgehaltenen oder unterdrückten Tatsachen sich auf den Vernehmungsgegenstand beziehen. denn der Verhørsbeamte braucht der Aussageperson nicht mitzuteilen, was er von dem zu erforschenden Sachverhalt schon alles weiß, oder sogar den Plan seines Vorgehens dem Vernommenen preiszugeben⁵³⁾.

Anders verhält es sich aber bezüglich der Geheimhaltung von Tonbandaufnahmen. Durch die Mitteilung der Absicht, die Aussage durch Tonband fixieren zu wollen, wird der Vernommene nicht über irgendwelche Tatsachen unterrichtet, welche diesen dazu veranlassen könnten, seine Aussage inhaltlich in einer bestimmten Weise zu gestalten. Zwar ist nicht zu verkennen, daß sich angesichts des mitlaufenden Tonbandes bisweilen psychische Hemmungen bei den Beteiligten einstellen, welche die Tatsachenermittlung erschweren können. Indessen kann nicht angenommen werden, durch die Ankündigung der Aufnahme werde der Aussageperson die Bereitschaft zur wahrheitsgemäßen Aussage genommen. In diesem wichtigen Punkt wird also der Erfolg der Vernehmung nicht beeinträchtigt, so daß die Verschweigung der Aufnahme nicht geboten erscheint.

In dem bloßen Verschweigen der Aufnahme kann jedoch eine dem positiven Tun gleichzustellende Täuschungshandlung nur dann erblickt werden, wenn eine Rechtspflicht des Verhørsbeamten zur Aufklärung über die beabsichtigte Aufnahme angenommen werden kann⁵⁴⁾. Da eine ausdrückliche Vorschrift, die eine Pflicht zur Unterrichtung des Vernommenen über die Aufzeichnung seiner Aussage vorsieht, in der Strafprozeßordnung nicht enthalten ist, muß geprüft werden, ob sich eine solche Pflicht nicht etwa aus den Grundgedanken ihrer rechtlichen Regelung ergibt. Hierbei ist in erster Linie an § 188 StPO zu denken. Nach

erfolgen kann. Bei heimlichen Aufnahmen wird die Absicht der Irrtumserregung auf Seiten des Verhørsbeamten stets vorliegen, denn dieser verfolgt mit der Geheimhaltung ja gerade den Zweck, den Vernommenen über die Veranstaltung der Aufnahme zu beirren. Löwe-Rosenberg und Erbs a.a.O., verstehen unter absichtlicher Irrtumserregung jedoch offenbar nur den durch aktives Verhalten herbeigeführten Irrtum, wie aus ihren gesamten Ausführungen hervorgeht.

51) §§ 69 Erl. 3 f., 136a, Erl. 3 d.

52) In diesem Sinne auch Eb. Schmidt, LK II, § 136a Erl. 13; Laux SchlHA 1951, 39; Schwarz, § 136a Anm. 1, A, e. Peters, S. 262; Sandler, S. 14 f.

53) Eb. Schmidt, a.a.O.: Erbs, a.a.O.; vgl. hierzu auch das oben Anm. 38 angeführte Beispiel.

54) Vgl. dazu Henkel, JZ 1957, 150, 2. Sp. - Es handelt sich hier um dasselbe Problem wie beim unechten Unterlassungsdelikt und beim Betrug durch Unterlassen: vgl. hierzu Schönke-Schröder, Vorbem. VII z. Allgem. Teil, ferner § 263, IV, 5.

dieser Vorschrift - welche die Praxis auch bei nichtrichterlichen Protokollen beachtet - sind Vernehmungsniederschriften, die für das weitere Verfahren verwertbar sein sollen, der Aussageperson vorzulesen, von dieser zu genehmigen und grundsätzlich auch zu unterschreiben (§ 188 Abs. 3). Protokollanlagen sind ebenfalls vorzulesen und zu genehmigen. Dieser Regelung läßt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, daß die Aussageperson von der Aufzeichnung ihrer Aussage Kenntnis haben muß. Demzufolge ist jede heimliche Fixierung, möge diese schriftlich⁵⁵⁾ oder mittels Tonbandes erfolgen, als unzulässig zu erachten. Will ein Verhørsbeamter eine Tonbandaufnahme von einer Vernehmung herstellen, so ergibt sich für ihn folglich aus § 188 die Pflicht, die zu vernehmende Person über die beabsichtigte Aufnahme aufzuklären⁵⁶⁾

Die Pflicht zur Offenbarung der Aufnahme ergibt sich ferner aus dem auch im Bereich des Strafverfahrensrechts bedeutsamen allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁵⁷⁾. Dieses verleiht dem einzelnen die Befugnis, darüber zu bestimmen, wann, wo, wie und welche von ihm gemachte Äußerungen auf Band aufgenommen werden dürfen⁵⁸⁾. Aufnahmen sind also nur mit dem Einverständnis des Sprechenden zulässig. An dieses als Grundrecht anerkanntes Recht⁵⁹⁾ sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch die Verhørsbeamten als Organe der vollziehenden Gewalt gebunden⁶⁰⁾. Diese haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Schranken zu achten, die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Schutze der menschlichen Persönlichkeit aufgerichtet sind. Auch sie dürfen daher nur mit Wissen und Wollen des Vernommenen Tonbandaufnahmen herstellen und haben diesen, falls für ihn die Absicht der Aufnahme nicht erkennbar ist, hierüber zu unterrichten⁶¹⁾.

Da mithin die Rechtspflicht des Vernehmungsbeamten zur Offenbarung der beabsichtigten Fixierung der Aussage zu bejahen ist, stellt die ungenehmigte Tonbandaufnahme während der Vernehmung eine Täuschung dar, wenn die Aussageperson nur mit der Aufnahme ihrer Äußerungen im schriftlichen Protokoll gerechnet hat.

bb) Eine solche Täuschung ist indessen nach dem Wortlaut des § 136a nur insoweit beachtlich, als sie dem Vernommenen "die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung", ihm mit anderen Worten die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des "Ob" und des "Wie" seiner Aussage nimmt⁶²⁾. Die hier-

55) A.A. Schulz, PolPrax 1954, 115; Höfler, Krim. 1954, 236. Kohlhaas, NPolArch. Leitzahl 512, § 136a, Blatt 8 (unter 4), wie hier im Ergebnis Scupin, DÖV 1957, 551, 2. Sp.

56) Vgl. dazu Henkel, JZ 1957, 151, 1. Sp.; im Ergebnis ebenso Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 639 ff. insbesondere S. 641; - A.A. die oben S. 72 Anm. 43 Genannten.

57) Vgl. dazu näher unten S. 80 ff.

58) Vgl. dazu KG, NJW 1956, 27.

59) Vgl. BGHZ 13, 334 ff. = JZ 1954, 698 ff.

60) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. V, 3.

61) Ebenso Coling, Tonbandaufnahmen, S. 43/44.

62) Vgl. statt vieler Eb. Schmidt, LK II, § 136a Erl. 2, ders. SJZ 1949, Sp. 449 ff.

nach erforderliche Ursächlichkeit der Täuschung für den Aussageentschluß und dessen Verwirklichung ist dann gegeben, wenn die vernommene Person bei Kenntnis der Aufnahme entweder ihre Aussage ganz verweigert oder dieselbe zumindest anders gestaltet hätte⁶³⁾. Dagegen fehlt sie in solchen Fällen, in denen die zu vernehmende Person auch bei Inkennnissetzung von der geplanten Tonbandaufnahme uneingeschränkt ausgesagt hätte⁶⁴⁾.

2) Im Hinblick auf die bei Vernehmungen heimlich vorgenommenen Tonbandaufnahmen gelangen wir somit unter dem Gesichtspunkt des § 136a zu folgendem Ergebnis:

1. Die Veranstaltung heimlicher Tonbandaufnahmen fällt unter die nach § 136a unzulässigen Vernehmungsmethoden, wenn dem Vernommenen das Unterbleiben der Aufnahme ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert worden ist und dieser durch sein Wissen um die Aufnahme anders motiviert worden wäre.
2. Darüber hinaus ist die heimliche Aufnahme der Vernehmung auch ohne eine solche Zusicherung nach § 136a StPO⁶⁵⁾ dann verboten, wenn der Vernommene mit einer anderen als der üblichen schriftlichen Aufzeichnung nicht rechnet und mit der Fixierung auf Tonband nicht einverstanden wäre.

II.

Es wurde bereits angedeutet, daß sich die Verbote des § 136a StPO nicht nur auf den zeitlich engen Bereich der Vernehmung beschränken, sondern das gesamte Strafverfahren beherrschen. Heimliche Aufnahmen, die eine beachtliche Täuschung im Sinne dieser Bestimmung darstellen, sind daher ohne Unterschied unzulässig, gleichgültig bei welcher Gelegenheit sie im Ermittlungsverfahren hergestellt worden sind⁶⁶⁾.

Nun erscheint beim ersten Anblick die Möglichkeit einer Täuschung **a u ß e r h a l b** von Vernehmungen zur Erlangung zweckdienlicher Aussagen kaum vorstellbar, zumal jede formlose Unterhaltung über den Vernehmungsgegenstand als Vernehmung im technischen Sinne anzusehen ist⁶⁷⁾. Die Praxis zeigt jedoch, daß im Ermittlungsverfahren auch sonst gegenüber Auskunftspersonen Täuschungen vorkommen können.

1) So liegt eine Täuschungshandlung beispielsweise dann vor, wenn ein Ermitt-

63) Vgl. Eb. Schmidt, JZ 1956, 209.

64) Vgl. dazu etwa NJW 1953, 1114.

65) Wegen des Verbots heimlicher Tonbandaufnahmen bei Vernehmungen, die nicht bereits unter § 136a StPO fallen, vgl. unten S. 79 ff., insbes. 86 f.

66) A.A. Laux, SchlHA 1951, 40, 1. Sp.

67) Vgl. oben S. 71 Anm. 37.

lungsbeamter in entsprechender Verkleidung sich einem Strafgefangenen gegenüber als Mitgefangener ausgibt, um diesen über einen noch nicht ermittelten Komplizen auszuhorchen⁶⁸⁾, oder einem Beschuldigten gegenüber als Priester auftretend die Beichte abnimmt, oder sich unter der Bezeichnung als Arzt an den früheren Arzt des Beschuldigten wendet, um auf diese Weise etwas über eine im Strafverfahren interessierende Krankheit zu erfahren⁶⁹⁾. Bei diesen Täuschungshandlungen handelt es sich um grobe Belügungen und Hintergehungen der betreffenden Auskunftspersonen, die nach § 136a unzulässig sind⁷⁰⁾, weil sie in der Absicht erfolgt sind, die Aussageperson hinsichtlich der Freiheit ihrer Aussage unmittelbar zu beeinflussen⁷¹⁾. Wie bereits bemerkt, ist es durchaus denkbar, daß der Täuschung diese Wirkung fehlt, so wenn die betreffende Aussageperson auch dann sich geoffenbart hätte, falls der Verhørsbeamte sich als solcher zu erkennen gegeben haben würde. In solchem Fall greift freilich § 136a nicht ein, da eine Willensbeeinträchtigung im Sinne dieser Vorschrift dann nicht vorliegt.

2) Verwandt mit diesen Fällen der Bespitzelung und Aushorchung durch Vernehmungsbeamte ist das Bereiten von sogenannten H ö r f a l l e n mittels versteckt eingebauter Mikrophone in Gefängniszellen oder Vernehmungszimmern. In einem Fall⁷²⁾, der sich jüngst in der Schweiz zugetragen hat, stellte ein Untersuchungsrichter einen Dieb und einen Hehler in seinem Amtszimmer einander gegenüber und verließ sodann scheinbar zufällig den Vernehmungsraum. Die während der Abwesenheit des Verhørsbeamten stattgehabte Aussprache der beiden Beschuldigten, die sich vor Mithörern sicher glaubten, wurde heimlich auf Tonband aufgenommen.

Das Berner Obergericht hat dieses Verhalten der Verhørspersonen zutreffend als unerlaubte Täuschung mißbilligt. Die Beschuldigten haben sich in einem Irrtum befunden, da sie fälschlicherweise glaubten, unbeobachtet und unbelauscht miteinander reden zu können. Dieser Irrtum ist durch das Verhalten des Untersuchungsrichters hervorgerufen worden. Indem dieser das Vernehmungszimmer verließ, erzeugte er bei den Beschuldigten bewußt die Vorstellung, sie seien allein und bräuchten daher nicht mit der Wahrnehmung ihres Gesprächs durch den Vernehmenden zu rechnen. Im Verlassen des Vernehmungsraumes liegt

68) Vgl. dazu Siegart, Der Mißbrauch, S. 64 f.; v. Rechenberg, Krim. 1954, 79f.

69) Zu den beiden letztgenannten Fällen vgl. Sendler, S. 20.

70) Vgl. dagegen das oben S. 71 genannte Beispiel; dort handelt es sich um eine gerade noch erlaubte List, die keine Lüge darstellt.

71) Ebenso Hellwig, S. 219/20; v. Rechenberg, a.a.O., S. 79 f.; Sendler, S. 17/18. Derselben Ansicht dürften auch Laux, a.a.O. und KMR, Ann. 3 f zu § 69 sein, die ausnahmsweise auch außerhalb des Zeitraums der Vernehmung liegende Täuschungen für unzulässig erachten, soweit diese "im Zusammenhang mit der Vernehmung" ausgeübt worden sind.

72) Mitgeteilt bei Hellwig, S. 220; v. Rechenberg, a.a.O.; S. 81; Siegart, Der Mißbrauch, S. 66.

somit die stillschweigende Erklärung des Untersuchungsrichters, daß für die Zeit seiner Abwesenheit die förmliche Vernehmung ausgesetzt sei und die Äußerungen der Beschuldigten während dieses Zeitraums nicht protokollarisch festgehalten würden.

Ähnlich verhält es sich beispielsweise in dem von Ballhause⁷³⁾ geschilderten Fall, wo einer der beiden Vernehmungsbeamten vor dem gemeinsamen Verlassen des Vernehmungszimmers in Gegenwart der Beschuldigten seiner Befürchtung Ausdruck gibt, die Beschuldigten könnten sich während ihres Alleinseins über die noch zu klärenden Vernehmungspunkte besprechen. Hier sind die Beschuldigten ebenfalls durch das Verhalten des Verhørsbeamten getäuscht worden, da dieser durch seine Äußerung sie in den Glauben versetzt hatte, sie seien allein und könnten sich frei unterhalten, während ihr Gespräch in Wirklichkeit durch andere in einem Schrank versteckte Beamte und durch ein Tonbandgerät abgelauscht worden ist.

Sendler⁷⁴⁾ verneint in dem vom Berner Obergericht entschiedenen Fall das Vorliegen einer Täuschung mit der Begründung, daß der Irrtum der Beschuldigten, sie seien allein und könnten sich daher aussprechen, auf einer durch ihre Einfältigkeit und Unvorsichtigkeit bewirkten Selbsttäuschung beruhe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Arglosigkeit der Beschuldigten an dem täuschenden Verhalten des Beamten, das für deren Irrtum über das Unkontrolliertsein offensichtlich ursächlich gewesen ist, nichts ändert. Die falsche Vorstellung, allein und unkontrolliert zu sein, ist durch das Verhalten des Beamten hervorgerufen worden, wobei ihm allerdings die Einfältigkeit und Unvorsichtigkeit der beiden Beschuldigten zustatten gekommen ist.

Durch das im Verlassen des Vernehmungszimmers liegende falsche Vorspiel des Alleinseins sind die Beschuldigten im Berner wie in dem von Ballhause mitgeteilten Fall auch in der Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigt worden, denn diese hätten mit Gewißheit nicht oder zumindest nicht in so offenherziger Weise über die den Vernehmungsgegenstand bildende Tat gesprochen, falls sie mit der Abhörung des Gesprächs gerechnet hätten⁷⁵⁾.

Die Anwendung solcher Hörfallen ist daher nach § 136a unzulässig⁷⁶⁾. Anders

73) Die Polizei 1950, 150, 2 Sp.: er setzt bei seinen Ausführungen, die aus der Zeit vor der Schaffung des § 136a stammen, die Zulässigkeit von Hörfallen voraus.

74) S. 25 f.

75) A.A. Laux, SchlHA 1951, 39, der unzutreffend annimmt, die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung werden nicht beeinträchtigt.

76) Wie hier im Ergebnis Hellwig, S. 229/21; Siegert, Der Mißbrauch, S. 64/65, der die heimliche Abhörung von Gesprächen im Vernehmungszimmer zwar nicht nach § 136a, sondern unmittelbar aufgrund Art. 1 Abs. 1 GG für unzulässig hält. Auch v. Rechenberg, a.a.O., dürfte Hörfallen als unzulässig ablehnen. - A.A. Ballhause, a.a.O.; Laux, a.a.O., ferner KMR, § 68 Anm. 3 f,

liegt dagegen der Fall, wenn eine Person, die sich etwa im Nebenzimmer aufhält, zufälligerweise Zeuge der Unterhaltung wird. Von einer Täuschung durch Unterlassen kann dann freilich keine Rede sein.

B.

Aus den vorstehenden Betrachtungen ersehen wir, daß nicht alle Fälle der heimlichen Tonbandaufnahme durch § 136a erfaßt werden⁷⁷⁾. Diese Bestimmung versagt in all denjenigen Fällen heimlicher Aufnahmen, in denen entweder mangels Irrtums eine Täuschung überhaupt nicht vorliegt oder eine zwar vorhandene Täuschung auf den Aussagewillen des Vernommenen nicht eingewirkt hat. Es fragt sich nun, ob derartige heimliche Aufnahmen darum als zulässig zu betrachten sind. Die Zulässigkeitsfrage stellt sich auch hinsichtlich solcher Tonbandaufnahmen, die von privater Seite aus insgeheim angefertigt worden sind. Bezüglich dieser Gruppe von Aufnahmen läßt sich aus § 136a in keinem Fall eine Antwort gewinnen, da seine Verbote ausschließlich an die Organe des Strafrechtspflege gerichtet sind⁷⁸⁾.

I.

§ 136a führt uns jedoch zu anderen Bestimmungen hin, die im Hinblick auf die im Schrifttum eifrigst erörterte Frage der Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen eine juristisch einwandfreie und für das menschliche Dasein befriedigende Antwort zu geben vermögen, nämlich Art. 1, Abs. 1 und 2, Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes. Zutreffend betrachtet die herrschende Meinung⁷⁹⁾ § 136a, der die Untastbarkeit der Menschenwürde im Bereich des Strafverfahrens sicherstellen soll, als Ausfluß oder - wie Erbs⁸⁰⁾ treffend sagt - als "authentische Interpretation" des Art. 1 Abs. 1 GG. Wo § 136a versagt, ist daher auf dieses den Schutz der menschlichen Persönlichkeit gewährleistende Grundrecht⁸¹⁾ zurückzugreifen.

nach denen § 136a ausscheidet, da es sich bei dem heimlich aufgenommenen Gespräch um keine Vernehmung handelte.

77) A.A. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 640, der § 136a für die Lösung des Problems der heimlichen Tonbandaufnahme im Ermittlungsverfahren - nur auf solche Aufnahmen beziehen sich seine Ausführungen - für ausreichend erachtet. - Wie hier Siebert, Der Mißbrauch, S. 64, ders. DRiZ 1957, 102, 2. Sp.; Kohlhaas, DRiZ 1955, 81; Dallinger, MDR 1956, 145 f.

78) Vgl. dazu OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237 f.

79) Vgl. etwa Siebert, Der Mißbrauch, S. 64; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 640; Peters, S. 26 f., 259; Schwarz, Anm. 1a zu § 136a; Erbs, NJW 1951, 386; BGHSt 5, 332 (333); Löse-Rosenberg, Anm. 1 zu § 136a; - Vgl. aus dem staatsrechtlichen Schrifttum etwa Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 30; Wernicke, BK Art. 1 Anm. II, 2 b.

80) NJW 1951, 386.

81) Bei Art. 1 Abs. 1 GG handelt es sich nicht nur um einen Programmsatz, sondern um "ein Grundrecht und damit ein subjektives öffentliches (und privates) Recht überhaupt", so Nipperdey bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 11 ff., ders. ebenda S. 3, 22. Ebenso Siebert, Der Mißbrauch, S. 65; Heimerich,

1) Aus Art. 1 Abs. 1 unmittelbar läßt sich das Problem der heimlichen Tonbandaufnahme allerdings nicht vollständig lösen. Ein die Menschenwürde verletzender Eingriff kann in der Veranstaltung von heimlichen Tonbandaufnahmen bei **V e r n e h m u n g e n** nicht gesehen werden, denn Art. 1 soll nicht jedes sittlich nicht zu rechtfertigende Verhalten - wozu die heimliche Tonbandaufnahme wohl zu rechnen ist - verbieten, sondern nur gegenüber solchen Strafverfolgungsmethoden eine Schranke aufrichten, die den einzelnen "auf die Stufe eines rechtlosen Objektes der staatlichen Strafverfolgungsbehörden herabdrücken"⁸²⁾ ⁸³⁾. Dagegen wird man die **a l l g e m e i n e** Verwendung des Tonbandes außerhalb von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren - z.B. zur Überwachung von Untersuchungs- oder Strafgefangenen in Gefängniszellen - oder im Geschäfts- oder Privatleben als Verletzung der Menschenwürde anerkennen müssen, da durch die ständige Furcht vor heimlicher Überhörung die Würde der menschlichen Persönlichkeit unerträglich herabgesetzt würde⁸⁴⁾.

2) Einen weitergehenden Schutz als Art. 1 Abs. 1 GG bietet der menschlichen Persönlichkeit das aus den Grundrechten der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) herzuleitende **a l l g e m e i n e P e r s ö n l i c h k e i t s r e c h t**. Dieses war bis zur Schaffung der Länderverfassungen und des Bonner Grundgesetzes von der herrschenden Meinung in der Rechtslehre⁸⁵⁾ und dem Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung⁸⁶⁾ abgelehnt worden. Seine Anerkennung hat sich jedoch in den letzten Jahren mehr und mehr durchgesetzt. Durch die einschlägigen Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1) sowie der Länderverfassungen hat dieses als ein natürliches Recht zu charakterisierende Recht schließlich seine positiv-rechtliche Normierung gefunden und ist damit schlechthin zur Grundlage unserer Rechtsordnung geworden⁸⁷⁾.

BB 1956, 251. Auch Wernicke in BK Anm. II, 2, 3 mißt Art. 1 erhebliche rechtliche Bedeutung bei. Unentschieden Nawiasky, S. 26 - A.A. v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. III, 2 (S. 147); Maunz, S. 91; Apelt, NJW 1949, 481, f. (482, 2.Sp.), Betrachtungen z.Bonner Grundgesetz.

82) Wernicke, BK Art. 1, Anm. II, 2 b.

83) Zutreffend Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 640; im Ergebnis ebenso Schulz, PolPrax. 1954, 116; Sandler, S. 26/27; neuerdings auch Siegert, DRiZ 1957, 102/3 unter Aufgabe seiner früher vertretenen, gegenteiligen Meinung, Der Mißbrauch, S. 64 f.

84) Ebenso Schulz, a.a.O., S. 116; Sandler, S. 26 f. 94 f.; Siegert, DRiZ 1957, 102/103.

85) Vgl. statt vieler Hubmann, S. 2 Anm. 2 und die dort angeführte Literatur pro und contra.

86) Vgl. insbesondere RGZ 113, 413 ff. (414); ferner RGZ 69, 242 ff. (243); 79, 397 ff. (398); 94, 1 ff.; 107, 277 ff. (281); 123, 312 ff. (320).

87) So die jetzt h.M. vgl. dazu Hubmann, S. 105; Siegert, Der Mißbrauch, S. 56/57, ders. NJW 1957, 690, ders. DRiZ 1957, 102; Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 40; Heimerich, BB 1955, 250; Roskosh, Der Betrieb, 1956, 470; Süß, S. 193, 202; Kalsbach, AnwBl. 1956, 3/4; Henkel, JZ 1957, 150; Coing, JZ 1954, 700, ders. Tonbandaufnahmen, S. 36 u.a.m.

Bei dem Persönlichkeitsrecht handelt es sich um ein umfassendes Recht, das - abgesehen von dem Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit⁸⁸⁾ - die Individualität des Menschen, d.h. seine Einmaligkeit, seine Eigenart und seinen Eigenwert in der Welt, andererseits seine Privat- und Geheimsphäre vor der Welt schützt⁸⁹⁾. Auch der BGH hat sich in seinem grundlegenden Urteil vom 25. 5. 1954⁹⁰⁾ zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als einem verfassungsmäßig gewährleisteten, sowohl für den Staat als auch den einzelnen Rechtsgenossen⁹¹⁾ verbindlichen subjektiven Rechte bekannt. In der genannten Entscheidung führt er hierzu aus: "Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden." In seiner Eigenschaft als Grundrecht hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht außer im zivilrechtlichen Bereich vor allen Dingen auch für das Strafverfahren Bedeutung, wo es sich als Erweiterung und Verstärkung des grundrechtlichen Schutzbereiches des einzelnen gegenüber der Staatsallmacht auswirkt.

Vor dieser Wendung in Schrifttum und Rechtsprechung waren nur bestimmte, gesetzlich erfaßte Erscheinungsformen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zivilrechtlich geschützt, wie z.B. das Urheberpersönlichkeitsrecht, das Namensrecht (§ 12 BGB) und das Recht am eigenen Bilde (§ 22 KUG). Mit der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nunmehr der Schutz auch auf solche Persönlichkeitsgüter ausgedehnt worden, die keine ausdrückliche spezialgesetzliche Regelung gefunden haben, aber dennoch schutzwürdig sind. Es wird jedoch Aufgabe der Rechtsprechung sein, diese im einzelnen herauszuarbeiten und untereinander sowie gegenüber anderen Rechten abzugrenzen⁹²⁾.

a) In der genannten Entscheidung erkennt der BGH das besondere Persönlichkeitsrecht des Menschen auf Schutz seiner Privat- und Geheimsphäre⁹³⁾ als unmittelbar geltendes Recht an. Er bezeichnet es als grundsätzlich "unzulässigen Eingriff in die jedem Menschen geschützte Geheimsphäre", wenn private

88) Vgl. dazu Hubmann, S. 140 ff. und 162 ff.

89) Vgl. Hubmann, S. 216/17; StB, S. 211.

90) BGHZ 13, 334 ff = NJW 1954, 1404 ff = JZ 1954, 698 ff. mit zustimmender Anmerkung von Coing; vgl. auch BGHZ 15, 249 ff. (257/58); KG in NJW 1956, 26. u.a.

91) A.A. v. Mangoldt-Klein, Vorb. A, II, 4 (S. 61 ff.) mit Übersicht über den Stand der Meinungen. Wie BGH Neumann-Nipperdey-Scheuner, S. 18/19, 42.

92) Dies heben Coing, JZ 1954, 700 und Wernhahn, hWP 16 (D), Strafprozeßordnung II 3a, 307, 73 f, zutreffend hervor.

93) BGHZ 13, 339.

Aufzeichnungen, wie Briefe oder Tagebucheintragen u.dgl., die mangels einer auf individueller geistiger Tätigkeit beruhenden Formgestaltung nicht urheberrechtsschutzfähig sind⁹⁴⁾, ohne die Erlaubnis des Verfassers veröffentlicht werden⁹⁵⁾.

Was der BGH darin zutreffend bezüglich schriftlich niedergelegter Äußerungen festgestellt hat, beansprucht gleichermaßen Geltung für das gesprochene Wort.⁹⁶⁾ Einerseits handelt es sich bei den für heimliche Aufnahmen in Frage kommenden Alltagsgesprächen ebenso wie bei den erwähnten privaten schriftlichen Äußerungen nicht um individuelle Geistesschöpfungen, die urheberrechtlichen Schutz genießen⁹⁷⁾. Andererseits enthält aber auch die mündliche Äußerung die "sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhaltes"⁹⁸⁾, an dessen Nichtbekanntwerden der Sprecher ein mehr oder weniger ausgeprägtes Interesse haben kann, je nachdem, ob es sich beispielsweise um eine streng vertrauliche Mitteilung oder lediglich um eine unpersönliche geschäftliche Unterredung handelt. Die mündliche Äußerung ist demnach nicht minder schutzwürdig als die schriftliche, denn auch sie verkörpert eine Gedankenmitteilung, die nach der zutreffenden Ansicht des BGH gerade das Kriterium für den Persönlichkeitsschutz bildet. Die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hinsichtlich schriftlicher Äußerungen hergeleitete Befugnis, darüber zu bestimmen, wer den Inhalt einer schriftlichen Äußerung zur Kenntnis nimmt, muß daher entsprechend auch für mündliche Äußerungen gelten. Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausgestaltung als Recht auf Schutz der Privat- und Geheimsphäre liegt mithin grundsätzlich auch dann vor, wenn jemand ohne Wissen und Willen des Sprechenden dessen Äußerungen auf Tonband aufnimmt⁹⁹⁾.

Es fragt sich nun, wann die heimliche Aufnahme in die Geheim- bzw. die weiterreichende Privatsphäre eingreift.

aa) Die Geheimsphäre umfaßt denjenigen Teil des persönlichen Lebens, von dem allenfalls ein begrenzter Kreis vertrauter Personen Kenntnis nehmen soll. Es besteht insoweit ein Geheimhaltungsinteresse gegenüber allen außenstehenden Personen¹⁰⁰⁾. Dieses wird gröblich verletzt, wenn Gespräche oder sonstige Vor-

94) Genießen die Aufzeichnungen Urheberrechtsschutz, so ergibt sich schon hieraus das Verbot ungenehmigter Veröffentlichung, vgl. dazu KGZ 69, 401 ff., ferner KGZ 41, 43 ff. (48 f.).

95) BGHZ, a.a.O.

96) Ebenso Greulich, BB 1953, 818 f.; Heimerich, a.a.O., S. 251; Werhahn, a.a.O., S. 307, 72; die Gleichstellung des Gesprochenen mit dem Schriftlichen befürworteten früher schon Neumann-Duesberg, S. 171/175 und Hubmann, S. 240.

97) Vgl. oben S. 4.

98) BGHZ, a.a.O., S. 338.

99) Ebenso Siegert, Der Mißbrauch, S. 57; KG, NJW 1956, 26 f.; Heimerich, a.a.O., S. 251; Kalsbach, AnwBl. 1956, 3; SÜB, S. 202; Entscheidung 1 der Kommission der Weinheimer Tagung, Tonbandaufnahmen, S. 99.

100) Vgl. dazu Hubmann, S. 235 f.; Siegert, NJW 1957, 690; ders. DRiZ 1957, S. 102; Coing, Tonbandaufnahmen, S. 36.

gänge, die sich im vertrauten Kreise zutragen, durch Dritte auf Tonband aufgenommen werden. Heimliche Tonbandaufnahmen dieser Art stellen einen Einbruch in den privatesten Bereich des Menschen dar und werden daher als besonders schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung empfunden. Ihnen muß mit aller Schärfe entgegengetreten werden, denn sie bedeuten eine ernste Gefahr für das menschliche Dasein. Müßte jedermann befürchten, daß bei Gesprächen mit vertrauten Menschen ein Dritter heimlich mithört, so würde jeder freie Gedankenaustausch, der die Grundvoraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen darstellt, alsbald unterbunden sein. Das durch die Möglichkeit heimlicher Überwachung hervorgerufene allgemeine Unsicherheitsgefühl hätte schließlich die Vernichtung der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Individualität zur Folge, die sich nur in der Abgeschlossenheit privater Häuslichkeit, stillen Familienlebens und eines vertrauten Bekanntenkreises entwickeln können¹⁰¹⁾.

bb) Im Unterschied zur Geheimsphäre ist die Privatsphäre einem weitaus größeren Personenkreis zugänglich. Es besteht aber auch hinsichtlich ihrer ein Bedürfnis nach Schutz vor Öffentlichkeit. Eine Verletzung der Privatsphäre wird wohl dann anzunehmen sein, wenn ein Gesprächspartner ohne Wissen des anderen Teiles ein geschäftliches Gespräch oder eine sonstige Unterhaltung nicht vertraulicher Art auf Band aufnimmt. Demgegenüber wird im Schrifttum verschiedentlich die Ansicht vertreten, die heimliche Aufnahme durch einen Gesprächsteilnehmer sei keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da das Tonband lediglich das festhalte, was der andere Partner dem Veranstalter der Aufnahme bereits höchstpersönlich mitgeteilt habe¹⁰²⁾; daher könne von einem Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des anderen zumindest so lange nicht gesprochen werden, als die aufgezeichnete Äußerung nicht den zwischen den beiden Gesprächspartnern geschlossenen Kreis verlassen habe¹⁰³⁾.

Dieses Argument erscheint indessen nicht stichhaltig. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob das Gesprochene nur im Gedächtnis des anderen Partners festgehalten oder im Wege der mechanischen Aufzeichnung vergegenständlicht wird. Das Gehörte gerät allmählich wieder in Vergessenheit. Vor allen Dingen aber vermag ein Dritter von dem Gesprächsinhalt nur dann Kenntnis zu erlangen, wenn der Gesprächspartner das Mitgeteilte dem Dritten offenbart, während bei der Tonbandaufnahme die Kenntnisnahme von dem fremden Gespräch vom Willen des Gesprächspartners mehr oder weniger unabhängig ist. Durch die Aufnahme verliert also das Gespräch seinen privat-vertraulichen Charakter. Bereits in der

101) Vgl. in diesem Sinne Kohlhaas, DRiZ 1955, 8; Heimerich, a.a.O., S. 250; Süß, S. 190; Sandler, S. 94 f.

102) So Roskosch, a.a.O., S. 471, 2. Sp.; Freund, Tonbandaufnahmen, S. 26/27.

103) Roskosch, a.a.O.

durch die Tonbandaufnahme geschaffenen Möglichkeit, daß Dritte sich durch Abspielen des Bandes über den Gesprächsinhalt informieren, ist daher ein Einbruch in die Privat- bzw. Geheimsphäre zu erblicken¹⁰⁴⁾.

b) Die heimliche Tonbandaufnahme berührt das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedoch nicht nur da, wo sie im Einzelfall in die Privat- oder Geheimsphäre eines anderen eingreift. Sie verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht vielmehr noch in anderer Hinsicht, nämlich in seiner besonderen Ausprägung als Recht auf freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit. Dieses in Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich normierte Recht garantiert dem einzelnen die "Freiheit des Handelns"¹⁰⁵⁾, d.h. die Freiheit, im Rahmen der Gesetze alles zu tun und zu unterlassen, was ihm beliebt¹⁰⁶⁾. Die allgemeine Handlungsfreiheit in diesem Sinne erleidet nun eine erhebliche Einbuße, wenn der einzelne aus Furcht vor heimlicher Fixierung seiner Worte es nicht mehr wagen kann, sich frei auszusprechen. Als Gemeinschaftswesen ist der Mensch auf die geistige Kommunikation mit seinen Mitmenschen angewiesen. Er "entwickelt sich im redenden Verkehr mit seinesgleichen"¹⁰⁷⁾ und vermag nur dann zur Entfaltung seiner Persönlichkeit und Individualität zu gelangen, wenn er die Möglichkeit eines freien Gedankenaustausches und einer ungehemmten Aussprache mit den Menschen seiner Umwelt besitzt. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, weil er ständig befürchten muß, daß seine Worte heimlich fixiert und ihm irgendwann einmal vorgehalten werden könnten, so bedeutet dies eine Beschränkung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit in ihrem elementarsten Bereich¹⁰⁸⁾. Das System der heimlichen Aufnahme als solches ist daher zu verwerfen, da es den einzelnen an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindert.

c) Wir haben oben gesehen, daß der persönlichkeitsrechtliche Indiskretionsschutz außer der privaten schriftlichen Mitteilung auch das gesprochene Wort umfaßt. Da anders als beim bloßen Belauschen mit dem Ohr durch das Tonband neben dem gedanklichen Inhalt des Gesprochenen auch die Stimme des Sprechers und die Art und Weise seiner Äußerung mit allen ihren persönlichen Eigenheiten getreulich festgehalten und mit überliefert wird, fragt es sich, ob nicht auch aus diesem Grunde die heimliche Tonbandaufnahme aus persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten als unzulässig betrachtet werden muß. Praktische Bedeutung gewinnt diese Frage des Schutzes der menschlichen Stimme als solcher insbesondere hinsichtlich der Aufnahmen bei Vernehmungen, wo von einer Verletzung der Privat- und Geheimsphäre des Vernommenen im Falle heimlicher Aufnahmen

104) Ebenso Werhahn, RWP-Blattei, a.a.O., 307,73; BGH NJW 1958, 1345, 1.Sp.

105) Vgl. Maunz, S. 84, (2. Aufl., 1952).

106) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. III, 6a mit weiteren Literaturnachweisen.

107) Vgl. Coing, Tonbandaufnahmen, S. 37.

108) Vgl. Coing, a.a.O., S. 38, siehe auch Siegert, DRiZ 1957, 103, 1.Sp.

nicht die Rede sein kann, da dieser weiß, daß seine Äußerungen festgehalten werden, um sie im weiteren Verfahren zu verwerten¹⁰⁹⁾.

Ob der Person ein Recht an der eigenen Stimme zusteht oder nicht, wird im einschlägigen Schrifttum zum Persönlichkeitsrecht so gut wie gar nicht behandelt¹¹⁰⁾. Neumann-Duesberg¹¹¹⁾ weist zutreffend darauf hin, daß der Mündlichkeitsschutz innerhalb und außerhalb des Urheberrechts seit jeher eine stiefmütterliche Behandlung erfahren hat und daß sich die Forderung nach Schutz des Gesprochenen erst nach jahrzehntelanger Entwicklung durchzusetzen vermochte. Bemerkenswerterweise hebt er hervor, daß auch "das im Traum oder in der Hypnose Geäußerte vor Indiskretion zu schützen sei". Aus seinen weiteren Erörterungen ergibt sich aber nicht, ob hierbei auch die Stimme als solche schutzwürdig ist. Es hat den Anschein, als ob er ausschließlich dem durch sie sinnlich wahrnehmbar gemachten Gedanken den Indiskretionsschutz angeeihen lassen möchte. Auch aus seinen Ausführungen ergibt sich somit nichts hinsichtlich der Frage, ob die menschliche Stimme an sich, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob sie einen Gedanken zum Ausdruck bringt oder nicht, vor heimlicher Fixierung zu schützen ist.

Man wird jedoch das Interesse des einzelnen am Schutz vor unerwünschten akustischen Aufzeichnungen stimmlicher Lebensäußerungen nicht leugnen können. Die Stimme bildet einen Teil der menschlichen Persönlichkeit. Dementsprechend hat man schon in ältesten Zeiten die Person mit ihrer Stimme geradezu gleich gesetzt (persona - sonare)¹¹²⁾. Die menschliche Stimme stellt sich als unmittelbarer Ausfluß der Person dar, die dem Hörer eine konkrete Vorstellung von der Persönlichkeit des Sichäußernden zu verschaffen vermag. Ferner bildet sie ein Mittel der Kennzeichnung des einzelnen¹¹³⁾, denn an seiner Stimme wird der Mensch erkannt wie am Namen und am Bild¹¹⁴⁾. Es ist daher nur folgerichtig, ein Recht an der menschlichen Stimme als Ausstrahlung des Persönlichkeitsrechts anzuerkennen¹¹⁵⁾. Ohne allerdings ausdrücklich auf die menschliche Stimme als solche Bezug zu nehmen, führt das KG¹¹⁶⁾ in diesem Sinne zutreffend aus, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht die ausschließliche Befugnis beinhalte, "zu bestimmen, wann, wo, wie und welche¹¹⁷⁾ von der

109) Vgl. Höfler, Krim. 1954, 236; Schulz, PolPrax. 1954, 116; Kohlhaas, DRiZ 1955, 41; ders. RWP-Blattei 16 (D) StRO II, 382/70; Meinert, S. 246.

110) Vgl. Ulmer, insbesondere S. 323 ff.; Hubmann, insbesondere S. 216 ff.; Neumann-Duesberg, insbesondere S. 158 ff. und 176 ff.

111) S. 171.

112) Vgl. Sarstedt, JR 1956, 125, 1. Sp.; Tonbandaufnahmen, S. 63.

113) A.-A. Werhahn, a.a.O., 307, 75, allerdings ohne nähere Begründung.

114) Ebenso Sarstedt, a.a.O.

115) Ebenso Sarstedt, a.a.O.; Haensel, S. 67 (Nr. 2 c); auch Hubmann, JZ 1957, 524, 2. Sp., sieht in der menschlichen Stimme ein "persönliches Gut, das dem einzelnen zugehört". Unklar bleibt jedoch, ob er der Stimme als solcher persönlichkeitsrechtlichen Charakter zuerkennt. - A.-A. Werhahn a.a.O., S. 307, 75, ders., Das Tonband und seine Stellung im Recht, 1957, S. 39 f.; ferner Roeder, ebenda, S. 10 u. 26 (Nr. 2).

116) NJW 1956, S. 27; 117) Sperrungen vom Verfasser.

Persönlichkeit ausgehende, sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsformen, g l e i c h w e l c h e r A r t von Dritten fixiert werden" dürfen. Das LG Wiesbaden betrachtet sogar das Übungsspiel einer Pianistin als eine "von der Persönlichkeit ausgehende sinnlich wahrnehmbare Erscheinungsform", der persönlichkeitsrechtlicher Schutz zuerkannt werden müsse.

Nach allem muß das Recht an der eigenen Stimme als schutzwürdiges Persönlichkeitsgut angesehen werden, das durch jede ungenehmigte Tonbandaufnahme von stimmlichen Äußerungen, ganz gleichgültig, ob durch diese ein Gedankeninhalt zum Ausdruck gebracht wird oder nicht, verletzt wird.

II.

Als E r g e b n i s der vorangehenden Untersuchungen ergibt sich somit, daß die Veranstaltung heimlicher Aufnahmen von Gesprächen in der Regel einen Eingriff entweder in die Privatsphäre oder in die Geheimsphäre des Sprechenden darstellt. In jedem Falle wird durch sie jedoch das Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Ausprägung als Recht an der eigenen Stimme verletzt. Mithin ist grundsätzlich¹¹⁸⁾ jede heimliche Tonbandaufnahme von menschlichen Äußerungen nach geltendem Recht - weil gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstoßend - als unzulässig zu betrachten^{119) 120)}. Ferner ergibt sich

118) Die Ausnahmen sind unten S. 87 ff. behandelt.

119) So die herrschende Meinung, vgl. etwa Siegert, Der Mißbrauch, S. 57; ders. NJW 1957, 690; ders. DRIZ 1957, 102 f.; ders. GA 1957, S. 266 f.; ders. Der Betrieb 1958, 421, 2. Sp.; Greulich, BB 1953, 818 f.; Kalsbach, AnwBl 1956, S. 4, 6; Heimerich, BB 1956, S. 251; Pleyer, ZJP 69, 321 ff. (327); Werhahn, RWP-Blattei 16 (D). StPO II, 3a, 307, 71 ff.; Seupin, DÖV 1957, 551; Bussmann, AnwBl. 1957, 90 f.; Tonbandaufnahmen, passim; LG Hagen, BB 1955, 898; KG in NJW 1956, 26; LG Wiesbaden, ZMR 1957, 54; neuerdings auch in BGH, VI. Zivilsenat, Urt. v. 20.5.58 (= NJW 1958, 1344 f.). - A.A. BGH I StR 11/54 und 4 StR 405/55; ferner die oben S. 69 Anm. 28 Zitierten.

120) Es sei hier angemerkt, daß der zivilrechtliche Schutz gegen heimliche Tonbandaufnahmen durchaus befriedigend ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht zählt nach der h.M. zu den "sonstigen Rechten" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, wodurch dem von einer heimlichen Aufnahme Betroffenen die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches ermöglicht wird. Vgl. dazu Siegert, Der Mißbrauch, S. 59; ders., Der Betrieb 1958, 422; Hubmann, S. 127 ff. insbes. S. 136/39; ders. JZ 1957, 521 ff. (522); Kalsbach, AnwBl 1956, 2, 6; Schreiter, ebenda, 1956, 128; Greulich, BB 1953, 818/9; Werhahn, RWP-Blattei, a.a.O. 307/73; Roskosch, Betrieb, 1956, 470; Süß in Festschrift für Heinrich Lehmann I, S. 189 ff.; Nipperdey, Verhandlungen II, S. D 22; so auch BGH NJW 1957, 1146 und NJW 1958, 1344. - A.A. Neumann-Duesberg, S. 180 ff., insbes. S. 183, der die einzelnen Ausstrahlungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als "partiell geschützte Persönlichkeitsrechte" betrachtet, die lediglich als Schutzgesetze im Sinne § 823 Abs. 2 anzusehen seien. Dazu auch dessen Ausführungen in NJW 1957 1276, Anmerkung. Ebenso lehnen Larenz in NJW 1955, 521 ff. und Köbel, NJW 1955, 1337/8, das allgemeine Persönlichkeitsrecht wegen seiner angeblichen Nichtabgrenzbarkeit als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 ab. Vgl. auch Larenz, Verhandlungen II, S. D 39, wo er eine umfassende Regelung des Persönlichkeitsrechtsschutzes empfiehlt; in diesem

die Unzulässigkeit heimlicher Aufnahmen generell aus dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, da die Möglichkeit heimlicher Fixierung den einzelnen in einen mit unserer freiheitlichen Lebensordnung unvereinbaren Zustand innerer Unfreiheit versetzen würde.

§ 3 Die Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen in besonderen Fällen

I.

Das grundgesetzlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht - mithin das Recht auf Schutz der Geheimsphäre, das Recht der freien Persönlichkeitsentfaltung und das Recht an der eigenen Stimme - sind keine schrankenlosen Rechte. Ihre Ausübung unterliegt den in Art. 2 Abs. 1 GG umschriebenen Grenzen. Das Gebrauchmachen von den Persönlichkeits-Befugnissen ist demnach nur insoweit zulässig, als dabei nicht die Rechte anderer verletzt werden und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird¹⁾. Auf die Frage, wann die Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber anderen Rechten zurückzutreten hat, läßt sich keine allgemein gültige Antwort geben; die Entscheidung kann nur im Einzelfall erfolgen.

Aber auch innerhalb der durch Artikel 2 Abs. 1 angedeuteten Grenzen kann die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre entfallen, wenn nämlich der Eingriff aus besonderen Gründen gerechtfertigt ist. Wie bei allen rechtsverletzenden Handlungen kommen auch bei Verstößen gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Rechtfertigungsgründe der Einwilligung²⁾, der Notwehr, des Übergesetzlichen Notstandes und der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)³⁾ in Betracht.

Sinne auch Bussmann, Verhandlungen I, S. 77. - Ferner besteht für den Betroffenen die Möglichkeit, gemäß § 1004 BGB auf Unterlassung heimlicher Aufnahmen zu klagen. - Demgegenüber ist der strafrechtlich gewährte Rechtsschutz gegen die mißbräuchliche Verwendung von Tonbändern sehr unvollkommen. Die Straftatbestände der Beleidigung und eventuell des Hausfriedensbruchs helfen nur in einzelnen Fällen und treffen die heimliche Tonbandaufnahme nicht in ihrem Kern: vgl. dazu Siegert, Der Mißbrauch, S. 35 ff.; AG Bremen, BB 1956, 865 mit Anm. v. Gerstenberg. Es bleibt daher nur zu wünschen, daß diese Gesetzeslücke alsbald durch eine entsprechende Bestimmung geschlossen wird, welche die heimliche Tonaufnahme unter Strafe stellt. Vgl. zur Frage des Strafrechtsschutzes die Vorschläge Henkels, Verhandlungen II, S. D 143 ff.

- 1) Vgl. hierzu BGHZ 13, 334 ff. = NJW 1954, 1404 ff. = JZ 1954, 698 ff.; ferner Heimerich, a.a.O., S. 251 und Werhahn, RWP-Blattei, a.a.O.
- 2) Bei heimlichen Tonbandaufnahmen ist die Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung nur in Form der nachträglichen Zustimmung denkbar, da im Falle der vorher erteilten Zustimmung von Heimlichkeit der Aufnahme nicht mehr gesprochen werden kann.
- 3) § 193 StGB enthält einen allgemeinen Rechtfertigungsgedanken, der in allen Fällen gilt, "wo im Widerstreit verschiedener Belange die Verletzung eines Rechtsgutes in Kauf genommen werden muß", BGHZ 3, 270 ff. (280 f.) = NJW 1952, 660 f.

II.

Wegen seiner praktischen Wichtigkeit im Hinblick auf die heimliche Tonbandaufnahme soll der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interesse einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Es handelt sich bei diesem um einen Fall der sogenannten Güter- und Pflichtenabwägung⁴⁾.

1) Bei heimlichen Aufnahmen stehen sich zwei Interessen gegenüber; Das Interesse des Herstellers an der Gewinnung der Tonbandaufnahme und das durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Interesse des im Einzelfall durch sie betroffenen Sprechers sowie das der Allgemeinheit an der Achtung der persönlichen Geheimsphäre. Von der Bewertung dieser einander widerstreitenden Interessen hängt es im Einzelfall ab, ob die heimliche Aufnahme gerechtfertigt werden kann. Nach dem Prinzip der Güterabwägung läßt sich dieser Interessenskonflikt allenfalls dann zu Gunsten der heimlichen Tonbandaufnahme lösen, wenn das Interesse an einer solchen Aufnahme höher bewertet werden kann als das entgegengesetzte Interesse des Sprechers auf Schutz seiner Persönlichkeitsgüter. Der Wert des Interesses an der Aufnahme ist von Fall zu Fall festzustellen, wobei bei dessen Einschätzung ein strenger Maßstab anzulegen ist⁵⁾, um ein unerwünschtes Überhandnehmen heimlicher Tonbandaufnahmen zu verhindern.

2) Die Gründe, die zur Veranstaltung heimlicher Tonbandaufnahmen veranlassen mögen, können verschiedener Art sein. In diesem Zusammenhang ist lediglich zu untersuchen, ob das Interesse an der Gewinnung von Beweismitteln zur Verwertung in einem Strafverfahren den in der heimlichen Aufnahme liegenden rechtswidrigen Eingriff zu rechtfertigen vermag. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die heimliche Aufnahme gelegentlich amtlicher Vernehmungen oder durch Privatpersonen angefertigt worden ist.

a) In oben bereits erwähnten Entscheidungen⁶⁾ befassen sich Zivilgerichte mit dieser noch im Fluß befindlichen Frage. Da es sich hierbei um ein rein materiellrechtliches Problem handelt, sind die darin angestellten Erwägungen auch für die vorliegenden Erörterungen von Interesse.

Die Entscheidungen gehen einheitlich von dem Grundsatz aus, daß heimliche Aufnahmen unzulässig sind, weil darin eine Verletzung des aus der Menschenwürde und dem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung hergeleiteten Persönlich-

4) Vgl. etwa BGHZ 3, 281 u. insbes. auch RGSt 62, 53 ff. (93) 64, 10 ff. (13); 66, 1 ff. (2 f.).

5) Ebenso Coing, mitgeteilt von Böhl in JZ 1957, 68; ferner Nr. 1 S. 2 der Entschleßung der Weinheimer Tagung, Tonbandaufnahmen, S. 99.

6) Vgl. oben S. 55 f.

keitsrecht liegt. Indessen divergieren die Meinungen bezüglich der Frage, ob die heimliche Aufnahme aus dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt werden kann.

Das LG Hagen⁷⁾ hat ausdrücklich erklärt, daß das berechnigte Interesse, vor heimlicher Überwachung geschützt zu sein, höher zu bewerten sei als das private Interesse an der Erlangung von Beweismitteln zur Aufdeckung strafbarer Handlungen, wogegen das ArbG Kassel⁸⁾ und das OLG Düsseldorf⁹⁾ die Frage, ob das heimliche Abhören fremder Gespräche mittels Tonbandes aus Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt werden kann, offensichtlich überhaupt nicht als diskutabel erachteten.

Im Gegensatz zu diesen die Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen zwecks Beweis-mittelbeschaffung schlechthin ablehnenden Entscheidungen ist das KG¹⁰⁾ der Ansicht, daß die Rechtfertigungsmöglichkeit eines solchen Eingriffs dann gegeben sei, "wenn und soweit er im Falle des Interessenwiderstreits nach Güter- und Pflichtenabwägung notwendig ist und nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des mit dem Eingriff beabsichtigten Zweckes darstellt". In diesem Sinne betrachtet das KG die heimlich veranstaltete Tonbandaufnahme eines Ehegatten über beleidigende Äußerungen des anderen Ehegatten als gerechtfertigt, weil die Aufnahme zur Gewinnung von Beweismitteln für einen zwischen beiden geführten Eherechtsstreit erfolgt war und der andere Ehegatte erklärt hatte, die unter vier Augen gefallenen Beschimpfungen vor dem Richter leugnen zu wollen. Im Anschluß an das KG hat das LG Wiesbaden¹¹⁾ die heimliche Aufnahme eines überlauten Übungsspiels einer Pianistin aus Wahrnehmung berechtigter Interessen für gerechtfertigt gehalten, weil sie mit dem Ziel, sie in einem Mietprozeß als Beweismittel zu benutzen, hergestellt worden war.

b) aa) Der Auffassung des LG Hagen, wonach das der Würde und der Freiheit der menschlichen Persönlichkeit entspringende Interesse, vor heimlichen Aufnahmen sicher zu sein, in seiner Bewertung höher einzustufen ist als das staatliche und gegebenenfalls private Interesse an der Wahrheitsfindung bei gerichtlichen Verfahren, muß rückhaltlos zugestimmt werden. Es ist dabei zu beachten, daß nicht nur das Interesse des Einzelnen, dessen Rechte durch eine heimliche Aufnahme im Einzelfall verletzt werden, das Unterbleiben der Tonbandaufnahme gebietet, sondern daß es darüber hinaus in Wirklichkeit um das

7) Urt. v. 22.3.1955, BB 1955, 489.

8) Urt. v. 31.8.1954, BB 1955, 31.

9) Urt. v. 27.5.1955, BB 1956, 481 f.

10) Urt. v. 3.6.1955, NJW 1956, 26.f.; zustimmend Siegert, NJW 1957, 689; ferner Pleyer, ZRP 69, 332 f. - A.A. Heimerich, BB 1956, 251, 2. Sp.; Werhahn, RWP-Blattei a.a.O., S. 307/74.

11) Urt. v. 13.4. 1956 in ZMR 1957, 53 ff., übereinstimmend damit Lutz, Bl.f. GBWR 1957, 73.

Interesse der Gesamtheit geht, vor den Gefahren heimlicher Abhörmethoden geschützt zu sein. Die allgemeine Gestattung heimlicher Aufnahmen zu Beweis-zwecken würde die Praxis heimlicher Tonbandaufnahmen weitgehend fördern. Jedermann könnte fremde Gespräche heimlich aufnehmen, mit dem wahren oder un-wahren Hinweis, die Aufnahme für Beweiszwecke in einem möglicherweise noch gar nicht anhängigen gerichtlichen Verfahren zu benötigen. Dies aber hätte eine unerträgliche, mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende Einengung der persönlichen Freiheit zur Folge¹²⁾, wie sie Georg Orwell in seiner grauen-erregenden Vision "1984" in der drastischsten Form darstellt¹³⁾. Zudem wür-de auch der in jüngster Vergangenheit in Bezug auf die persönliche Geheim-sphäre geschaffene Schutz der Persönlichkeit¹⁴⁾ nahezu illusorisch gemacht werden¹⁵⁾.

Die Rechtfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen aus Gründen der Beweismittel-erlangung ist also grundsätzlich als ausgeschlossen zu erachten¹⁶⁾. Da die heimliche Aufnahme ein höherwertiges Interesse verletzt, kann sie als ange-messenes Mittel zur Erreichung des rechtlich durchaus anerkannten Zweckes der Erleichterung der gerichtlichen Sachaufklärung nicht angesehen werden. Dem KG ist daher insoweit nicht beizupflichten, als es den Standpunkt vertritt, daß sich heimliche Tonbandaufnahmen im Hinblick auf den "Zweck als Beweis-mittel oder -hilfe verwendet zu werden", "bei Güter- und Pflichtenabwägung rechtfertigen" lassen¹⁷⁾. Dasselbe gilt auch hinsichtlich des Urteils des LG Wiesbaden, das allerdings dieses vom KG ausgesprochene Prinzip bemerkens-werterweise nur auf den Fall bezieht, in dem es "um die Feststellung der Klang-stärke musikalischer Betätigung geht", und es dahingestellt sein läßt, "ob mit dem LG Hagen es als schlechthin unzulässig zu betrachten ist, die G e - s p r ä c h e¹⁸⁾ eines anderen auf Tonband aufzunehmen".

bb) Indessen fragt es sich, ob dieser Grundsatz ausnahmslos durchführbar ist. Es sind nämlich durchaus Situationen denkbar, in denen die Herstellung heim-licher Aufnahmen zu Beweiszwecken nicht ohne gröbliche Verletzung des Rechts-empfindens als rechtswidrig und damit ihre Verwendung als unzulässig bezeich-net werden könnte. Es sei hier als Beispiel der von Pleyer¹⁹⁾ angeführte Fall erwähnt, in dem A den B mit vorgehaltener Waffe zur Herausgabe eines Geldbe-

12) Vgl. dazu Siebert, Der Mißbrauch, S. 64/5; Sendler, S. 94 f.; ferner oben S. 80/ 84.

13) In dem von Orwell geschilderten Staat "Oceanien" des Jahres 1984 werden mit Hilfe von Hörschächern, die in jedem Raum und auch außerhalb von Ge-bäuden angebracht sind, nahezu alle Bewegungen und Gespräche der Bevöl-kerung Oceaniens von einer Zentrale aus überwacht.

14) Vgl. BGHZ 13, 334 ff.

15) Ähnlich Werhahn, RWP-Blattei a.a.O., 307/74; Pleyer, a.a.O., S. 327 a.E.

16) Ebenso neuerdings der VI. Zivilsenat des BGH, Urt. v. 20.5.1958 (= NJW 1958, 1344.).

17) KG, a.a.O., S. 27; wie hier Coing, Tonbandaufnahmen, S. 41.

18) Sperrung vom Verfasser.

19) a.a.O., S. 332.

trages zwingt. Mit Recht hält Pleyer in diesem Fall den B für befugt, sein Tonbandgerät heimlich einzuschalten, um den gesamten Vorgang der räuberischen Erpressung für Beweiszwecke festzuhalten. Es handelt sich hierbei um eine Art Selbstverteidigung, die allerdings keine Notwehr darstellt, da die Veranstaltung der Aufnahme nicht als Verteidigungshandlung im Sinne von § 53 StGB bezeichnet werden kann, die von B vorgenommen wurde, um den rechtswidrigen Angriff von sich abzuwenden. Dieses Beispiel - von dessen Art sich noch weitere bilden ließen - zeigt, daß es Einzelfälle gibt, in denen die Rechtswidrigkeit der heimlichen Aufnahme verneint werden muß²⁰⁾. Es kann somit an dem oben aufgestellten Grundsatz nicht starr festgehalten werden; vielmehr ist eine Differenzierung hier am Platze²¹⁾.

Allgemein wird man die Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen zu Beweiszwecken in denjenigen Fällen nicht in Abrede stellen können, in denen der Sprechende selbst durch ein konkret vorliegendes, rechtsverletzendes oder gar strafbares Verhalten zur Herstellung von Tonbandaufnahmen Anlaß gegeben hat. Denn durch seinen Eingriff in die Rechtsgüter eines anderen setzt sich der Angreifer ins Unrecht, und er kann daher auch nicht erwarten, daß man im Zuge der Abwehr des Angriffs gegen seine rechtlichen Interessen Rücksicht übt²²⁾. Ein derartiger Anlaß seitens des Verletzten fehlt in den vom ArbG Kassel, OLG Disseldorf und LG Hagen entschiedenen Fällen, denn dort sind die Veranstalter der heimlichen Aufnahmen nicht durch ein unmittelbares, rechtswidriges Verhalten zur Aufnahme gezwungen worden. Heimliche Aufnahmen, die - wie dort - auf den blossen Verdacht hin, daß ehrverletzende Gespräche geführt oder Straftaten verabredet²³⁾ werden könnten, vorgenommen worden sind, können aus den oben genannten Gründen der allgemeinen Sicherheit vor heimlicher Überwachung auf keinen Fall gerechtfertigt werden. Anders verhält es sich dagegen bei den Entscheidungen des LG Wiesbaden und des KG Berlin. In den dort behandelten Fällen ist die heimliche Aufnahme jeweils durch ein widerrechtliches Verhalten gegenüber dem Veranstalter veranlaßt worden, nämlich durch die in dem überlauten Klavierspiel liegende fortwährende Besitzstörung (§ 858 Abs. 1 BGB) bzw. durch die unmittelbare Drohung mit der Begehung einer rechtswidrigen Handlung seitens des anderen Ehegatten, nämlich der Erklärung, im Eheprozeß die Beschimpfungen bestreiten zu wollen²⁴⁾. Im Ergebnis, wenn auch nicht im Grundsatz, ist diesen beiden Entscheidungen daher zuzustimmen.

20) In diesem Sinne auch BGH, NJW 1958, 1344 (1345, 1.Sp.).

21) Vgl. Pleyer, a.a.O., S. 332/33.

22) Dieser allgemeine Rechtsgedanke kommt in § 53 StGB zum Ausdruck.

23) Vgl. den von v. Rechenberg, Krim. 1954, 81, mitgeteilten Fall, wonach die Polizei in Zürich eine nicht öffentliche Besprechung einer kommunistischen Versammlung heimlich auf Tonband aufnahm, weil sie vermutete, daß dort Straftaten besprochen würden. (Entgegen der hier vertretenen Auffassung hält v. Rechenberg, a.a.O., die heimliche Tonaufnahme in diesem Fall für zulässig).

24) Nach § 138 Abs. 1 ZPO ist Lügen im Prozeß unstatthaft. Ableugnen der Wahr-

3) Die heimliche Tonbandaufnahme kann demzufolge grundsätzlich nicht unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt werden, weil sie mit dem Ziel, bei gerichtlichen Verfahren verwendet zu werden, hergestellt worden ist. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Tonbandaufnahme in einem Strafverfahren oder in einem sonstigen gerichtlichen Verfahren als Beweismittel verwendet werden soll. Auch das vor allem bei Strafverfahren mitspielende öffentliche Interesse an der Aufklärung und Ahndung strafbarer Handlungen hat hinter das Interesse des einzelnen sowie der Allgemeinheit am Schutze vor heimlichen Fixierungen zurückzutreten. Eine andere Frage ist es, ob in einem Strafverfahren eine auf rechtswidrige Weise gewonnene Tonbandaufnahme wegen des Interesses an der Sachaufklärung verwertet werden darf. Jedenfalls kann die Aufnahme als solche aus den genannten Gründen nicht schon deshalb gerechtfertigt werden, weil sie als Mittel zur Unterstützung der richterlichen Wahrheitsermittlung gedacht war.

§ 4 Die Verwendbarkeit heimlicher Tonbandaufnahmen im Strafverfahren

Es bleibt schließlich die Frage zu prüfen, ob heimliche Aufnahmen, die als rechtswidrig erkannt sind, zur Beweiserhebung herangezogen werden dürfen.

I.

Tonbandaufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren sind kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 136a Abs. 3 S. 2 für Beweis Zwecke unverwertbar, wenn ihr Zustandekommen auf einer beachtlichen Täuschung im Sinne dieser Bestimmung beruht. Solche Aufnahmen sind als nicht existent zu betrachten und dürfen daher weder als Beweismittel noch zu Zwecken des Vorhaltes verwertet werden²⁵⁾.

Aber nicht nur die heimlich aufgenommene Aussage selbst ist unverwertbar, sondern auch alle Hinweise und Anhaltspunkte, die sich aus ihr für die Sachverhaltsaufklärung ergeben. So darf beispielsweise das erkennende Gericht seine Überzeugung nicht aus solchen Beweismitteln schöpfen, deren Auffindung auf die Auswertung einer verbotswidrig erlangten Aussage zurückgeht²⁶⁾. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, muß aber angenommen werden,

heit kann unter Umständen sich als Prozeßbetrug darstellen.

25) Vgl. statt vieler Eb. Schmidt, LK II, § 136a Erl. 22 mit weiteren Nachweisen.

26) A.A. KMR, Vorb. 2 b vor § 48; § 69 Anm. 3 a; 7 b vor § 94; § 136a Anm. 2; Löwe-Rosenberg, § 136a Anm. 11 f.; Schwarz, § 136a Anm. 3 B; Henkel, S. 232 Anm. 33; Dallinger, SJZ 1950, 734; Erbs, NJW 1951, 389, die nur die Aussage als solche, nicht aber auch deren weitere Auswirkungen für unverwertbar halten. Wie hier Peters, S. 263; Hellwig, S. 219; Laux, SchlHA 1951, 40, 2. Sp.; Sandler, S. 38 ff.; derselben Ansicht dürfte auch Eb. Schmidt, LK II, § 136a Erl. 23, sein.

um zu verhindern, daß sich Ermittlungsbeamte um der Wahrheitsermittlung willen in schwierigeren Fällen nun doch der verbotenen Mittel mit Erfolg bedienen²⁷⁾.

II.

1) Bei allen anderen heimlichen Aufnahmen, zu denen vor allem die außerhalb prozessualer Verfahren hergestellten, aber auch die nach § 136a nicht erfaßbaren heimlichen Aufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren zu rechnen sind, wird in Rechtslehre und Rechtsprechung aus der Tatsache der Rechtswidrigkeit solcher Aufnahmen gefolgert, daß ihre Verwendung bei gerichtlichen Beweisaufnahmen unzulässig sei²⁸⁾. Diese Schlußfolgerung bietet indessen einen Angriffspunkt insofern, als mangels eines ausdrücklichen gesetzlichen Beweismittelverbots nicht zweifelsfrei feststeht, ob auf rechtswidrige Weise erlangte Beweismittel bei der Sachverhaltsaufklärung außer Acht zu lassen sind. Diese im Schrifttum²⁹⁾ umstrittene Frage kann dahingestellt bleiben, da sich das Verwertungsverbot heimlich zustandegekommener Tonbandaufnahmen, wenn nicht schon aus der Rechtswidrigkeit der Beweismittelbeschaffung, jedenfalls doch aus der in der Verwertung liegenden Rechtswidrigkeit ergibt.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umschließt nicht nur die Befugnis des Menschen, zu bestimmen, ob und wann Tonbandaufnahmen über seine Lebensäußerun-

27) Vgl. Hellwig, S. 219; Sendler, S. 39.

28) So Siegert, Der Mißbrauch, S. 65, ders. NJW 1957, 690; LG Hagen in BB 1955, 489. ArbG Kassel in BB 1955, 31; Kalsbach, AnwBl. 1956, 5; Pleyer, ZfP 69, 335 f.; ebenso Satz 6 der Entschließung der Weinheimer Kommission, ebenso ferner anscheinend Schreiter, AnwBl. 1956, 126; Auch das KG, NJW 1956, 26; Heimerich, BB 1956, 250 und Werhahn, RWP-Blatt 16 (D) StPO II 3a, 307/75 gehen bei ihren Erörterungen von der Voraussetzung der Unverwertbarkeit widerrechtlicher, das Persönlichkeitsrecht verletzender Tonbandaufnahmen aus.

29) Für die Unverwertbarkeit gesetzwidrig erlangter Beweismittel sprechen sich z.B. Bennecke-Beling, S. 335; Beling, S. 290; Sauer, W., Grundlagen des Prozeß rechts, 2. Aufl., 1929, S. 587; v. Hippel, S. 460 (VII einschl. Anm. 6) und Sendler, passim, insbes. S. 74 ff., aus dem Zivilprozeßrecht, Keller, H., Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweismittel in Ehesachen, JR 1950, 270 f. und Pleyer, ZfP 69, 335 f.; Nipperdey, Verhandlungen II, S. D 23 aus. Dagegen vertritt Niese in ZStW 63, 216/17 und "Doppel funktionelle Prozeßhandlungen", 1950, S. 135 ff. insbes. 136, 142, die Ansicht, daß sich die Rechtswidrigkeit im "prozessualen Raume" nur dann auswirke, wenn sie ein "entsprechendes prozessuales Unwerturteil auslöst". Rechtswidrige Beweismittel erachtet er m.a.W. nur dann als unverwertbar, wenn sie durch Mittel und Wege erlangt sind, die "diejenigen Grenzen überschreiten, die das Prozeßgesetz selbst durch Beweisverbote der Wahrheitsforschung gezogen hat"; ebenso Eb. Schmidt, LK II, § 94 Erl. 14. Aus der These Nieses folgt allerdings nicht, daß heimliche Tonbandaufnahmen zulässige Beweismittel darstellen. Die Rechtswidrigkeit der heimlichen Aufnahme muß vielmehr als prozessual beachtlich im Sinne Nieses angesehen werden, denn sie beruht auf der Verletzung von Grundrechten (Art. 1 u. 2), welche Inhalt und Grenzen des Verfahrens unserer rechtsstaatlich orientierten Strafprozeßordnung maßgeblich mitbestimmen. - Ferner halten KMK, 2 b und d vor § 48, unter Berufung auf BGH in MDR 1953, 148 die Verwendung

gen hergestellt werden dürfen, sondern räumt darüber hinaus dem Besprecher eines Bandes auch das Recht zur Entscheidung darüber ein, ob und zu welchen Zwecken der Tonbandinhalt anderen Personen zugänglich gemacht werden darf. Gerade die Wiedergabe der Aufnahme ist es, an deren Unterbleiben der Betroffene ein Interesse hat, denn in ihr tritt spürbar die Verletzung seiner Persönlichkeitssphäre zu Tage, wogegen die Aufnahme als solche nur zu einer "potentiellen und latenten Gefährdung"³⁰⁾ derselben führt. In der Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen liegt somit ein weiterer rechtswidriger Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte allgemeine Persönlichkeitsrecht³¹⁾, der gleich der heimlichen Aufnahme strafrechtliche und zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen kann³²⁾. Die Gerichte haben daher von der Beweiserhebung mittels Tonbandes Abstand zu nehmen, denn es läßt sich mit ihrer Stellung als Wahrer von Gesetz und Recht nicht vereinbaren, daß diese sich - wenn auch im Interesse der Wahrheitsfindung - Rechtsverletzungen möglicherweise strafbaren Charakters zuschulden kommen lassen³³⁾. Die Verwendung heimlicher Tonbandaufnahmen im Strafverfahren stellt mithin ein rechtswidriges Verhalten dar und hat infolgedessen zu unterbleiben.

Das Verwertungsverbot heimlicher Aufnahmen ergibt sich ferner aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Danach hat die staatliche Gewalt - hier repräsentiert durch die Gerichte - die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde besagt, daß die Gerichte in ihrem Wirkungsbereich alle Handlungen zu unterlassen haben, die zu einer Beeinträchtigung der Menschenwürde führen³⁴⁾. Diesen ist daher auch die Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen untersagt, da hierin ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt, dessen integrierender Bestandteil das Recht der Menschenwürde bildet³⁵⁾.

2) Hinsichtlich des U m f a n g e s des Verwertungsverbotes für heimliche

eines gesetzwidrig erlangten, an sich zulässigen Beweismittels grundsätzlich für erlaubt; ebenso BayObLG in NJW 1953, 1116 (1117) OLG Oldenburg in NJW 1955, 683; Kohlhaas, NJW 1957, 84 f. Aus dem Zivilprozeßrecht vgl. JR 1950, 715; weitere Literaturnachweise bei Pleyer, ZRP 69, 328 Anm. 25

30) KG NJW 1956, 27, 1. Sp.

31) Vgl. z.B. Siegert, NJW 1957, 690, 1. Sp., ders. DRiZ 1957, 102, 2. Sp., ders., Der Betrieb, 1958, 421, 2. Sp.; ders. GA 1957, S. 265, 271; Greulich, BB 1953, 818; Heimerich, BB 1956, 251; Werhahn, a.a.O., 73; ders. Das Tonband und seine Stellung im Recht, S. 30; Roeder, ebenda, S. 23; Kalsbach, AnwBl. 1956, 5; Bussmann, AnwBl. 1957, S. 90 f.; Pleyer, a.a.O. S. 337 Anm. 45; Coing, Tonbandaufnahmen, S. 39; KG NJW 1956, 27, 1. Sp. - Unentschieden Henkel, JZ 1957, 150 ff. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, d. angesichts des § 136a ein Zurückgreifen auf Grundrechtsbestimmungen bei Aufnahmen im Ermittlungsverfahren nicht für erforderlich erachtet (S. 640 z.A. wohl die oben S. 72 Anm. 43 Zitierten (außer Siegert)).

32) Vgl. oben S. 86 Anm. 120.

33) Ähnlich Pleyer, a.a.O., S. 337. - Wie sehr empfindlich das Gesetz gegenüber rechtswidrigem Verhalten im Prozeßbetrieb ist, bringt übrigens § 18 GVG zum Ausdruck, wonach dem Gericht zur Pflicht gemacht wird, in der

Aufnahmen tauchen die gleichen Fragen auf wie bei dem Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 S. 2³⁶⁾.

Zunächst steht zweifelsfrei fest, daß das Verwertungsverbot dem erkennenden Gericht jede Verwendung heimlicher Aufnahmen untersagt, möge die Aufnahme zu Beweis Zwecken oder etwa zwecks Nachforschung nach weiteren Beweismitteln reproduziert werden, denn in beiden Fällen handelt es sich um einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Es fragt sich aber, ob das erkennende Gericht nicht wenigstens solche Beweismittel verwerten darf, die aus der rechtswidrigen Verwendung heimlicher Aufnahmen durch Dritte stammen, wie z.B. die Aussage eines Zeugen, der ein unerlaubterweise fixiertes Gespräch bei einer späteren Reproduktion geflissentlich oder auch nur zufällig zur Kenntnis genommen hat, oder eine Urkunde oder ein Augenscheinsobjekt, auf die man durch die Tonbandaufnahme gestoßen ist. Man könnte dazu neigen, ihre Verwertbarkeit zu bejahen, denn sicherlich liegt darin kein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht seitens des Gerichts. Im Interesse einer allgemeinen Sicherheit vor heimlichen Tonbandaufnahmen muß jedoch auch die Verwertbarkeit derartiger mittelbarer Beweismittel ausgeschlossen bleiben. Denn nur durch ein solches absolutes Verwertungsverbot, das die Benutzung eines jeden Beweismittels unterbindet, das durch die rechtswidrige Reproduktion einer Tonbandaufnahme zutage gefördert worden ist, kann dem Mißbrauch mit Tonbandgeräten Einhalt geboten werden, weil dann jeder Anreiz zur Anfertigung heimlicher Aufnahmen entfällt³⁷⁾.

3) a) Es bleibt schließlich zu erwägen, ob die Rechtswidrigkeit der Verwertung heimlicher Aufnahmen durch das erkennende Gericht unter Umständen entfallen kann. Hierbei ist zunächst an den bereits bei der heimlichen Aufnahme erörterten Rechtfertigungsgrund der Einwilligung zu denken.

Wie erwähnt, dürfen heimliche Aufnahmen, die durch Täuschung des Vernommenen im Ermittlungsverfahren erzielt wurden, nach § 136a Abs. 3 S. 2 zur weiteren Sachaufklärung nicht verwertet werden, selbst dann nicht, wenn der Vernommene der Verwertung zustimmen sollte. Die Einwilligung bildet demnach in diesem Falle keinen Rechtfertigungsgrund für die in der Verwertung heimlicher Aufnahmen liegende Persönlichkeitsrechtsverletzung.

Sitzung begangene strafbare Handlungen der Staatsanwaltschaft mitzuteilen.

34) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. III, 5 (S. 152).

35) Im Ergebnis ebenso Siegert, Der Mißbrauch, S. 65.

36) Vgl. oben S. 92 f.

37) Ebenso Siegert, NJW 1957, 690, 2. Sp.; ders. GA 1957, S. 270.

Es fragt sich nunmehr, ob diese Regelung des § 136a auch in denjenigen Fällen heimlicher Aufnahmen im Ermittlungsverfahren Gültigkeit beansprucht, wo es an einer Täuschung der Aussageperson durch den Vernehmenden fehlt, weil jene entweder sich keine Vorstellung von der Art der Fixierung ihrer Aussage machte oder aber bei ihrer Unterrichtung mit der Tonaufnahme der Vernehmung einverstanden gewesen wäre³⁸⁾. Nach dem Wortlaut des § 136a Abs. 3 S. 2 sind zwar nur solche Aussagen absolut unverwertbar, die auf eine Willensbeeinträchtigung des Vernommenen zurückzuführen sind. Jedoch erscheint die entsprechende Anwendung des § 136a auch auf die Fälle fehlender Willensbeeinträchtigung durch seinen Sinn und Zweck als gerechtfertigt. Diese Bestimmung soll die Persönlichkeit des Vernommenen, insbesondere die des Beschuldigten, vor menschenunwürdigen Vernehmungspraktiken schützen und verbietet daher jedes unlautere Verhalten der Ermittlungsbeamten im Strafverfahren. Eine solche durch § 136a mißbilligte Unlauterkeit liegt aber auch in den Fällen heimlicher Aufnahmen vor, bei denen es an einer Täuschung des Vernommenen fehlt, da die Aufnahme in der Absicht und in dem Glauben der Hintergehung der Aussageperson veranstaltet wird. Wegen der Mißachtung der Persönlichkeit des Vernommenen, die schon in dem Täuschungsversuch des Vernehmenden zum Ausdruck kommt, ist die entsprechende Anwendung des Beweismittelverbots des § 136a Abs. 3 S. 2 geboten. Die weitere Auswertung der heimlichen Aufnahme muß daher infolge der in der heimlichen Aufnahme als solcher liegenden Persönlichkeitsverletzung als unzulässig erachtet werden³⁹⁾.

§ 136a kann jedoch dort nicht analog eingreifen, wo es sich um Privataufnahmen handelt, denn die Vorschrift ist ausschließlich auf das Ermittlungsverfahren zugeschnitten. Es fragt sich daher, ob die Verwertung heimlicher Privataufnahmen durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann. Die Wirksamkeit der Einwilligung in die Verletzung des grundrechtsartigen Persönlichkeitsrechts wird durch Art. 1 Abs. 2 GG nicht ausgeschlossen. Wenn dort von "unveräußerlichen Menschenrechten" die Rede ist, so soll dies besagen, daß die Grundrechte als Ganzes unverzichtbar sind⁴⁰⁾. Die Einwilligung in die Verletzung eines Grundrechts bedeutet aber keinen Verzicht auf das Grundrecht selbst, sondern lediglich einen Verzicht auf die Ausübung dieses Rechts in einem Einzelfall⁴¹⁾. Verfassungsrechtliche Gründe schließen demnach die Einwilligung als Rechtfertigungsmöglichkeit nicht aus. Die Verwendung der Tonaufnahme kann somit im Wege der Einwilligung gerechtfertigt werden.

Der Verwertung eines heimlich hergestellten Tonbandes steht auch nicht die Tatsache entgegen, daß das Band ein Beweismittel darstellt, das unter Ver-

38) Vgl. oben S. 72 und 76.

39) Im Ergebnis ebenso Siebert, GA 1957, S. 265, 271.

40) Maunz, (2. Aufl. 1952), S. 97.

41) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. XVI, 5 vor Art. 1 (S. 13b) und die dort angeführte Literatur.

letzung des grundgesetzlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts erlangt ist. Allerdings dürfen sich unsere rechtsstaatlichen Gerichte bei der Wahrheitsermittlung grundsätzlich keiner in grundgesetzwidriger Weise gewonnenen Beweismittel bedienen. Dieses Beweismittelverbot folgt aus Art. 1 Abs. 1 S. 2, der die Verpflichtung der Gerichte ausspricht, bei der Ausübung der rechtsprechenden Gewalt die Grundrechte zu achten und zu schützen. Jedoch ist im Falle der Einwilligung des Verletzten in die Verwertung seiner heimlich fixierten Äußerungen das Gericht nicht gehalten, die Verwendung der Aufnahme zu unterlassen. In der Zustimmung zur Verwertung ist gleichzeitig die nachträgliche Genehmigung der Aufnahme zu erblicken. Wenn der Rechtsinhaber so ausdrücklich zu erkennen gibt, daß er sein Recht nicht ausüben will, kann eine Pflicht des Gerichts, ihm die Vorteile zu sichern, die sich aus der Geltendmachung seines Rechts ergäben, nicht angenommen werden. Gegen die Benutzung einer heimlichen Aufnahme als Beweismittel kann unter diesen Umständen daher nichts eingewendet werden.

b) Von den denkbaren Rechtfertigungsgründen interessiert ferner der ebenfalls bereits im Zusammenhang mit der heimlichen Aufnahme behandelte Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Die Interessenlage ist bei der Frage nach der Rechtfertigungsmöglichkeit der Verwertung allerdings eine andere als bei der heimlichen Aufnahme. Während bei dieser neben dem Interesse des Einzelnen das allgemeine Interesse der Gesamtheit, vor heimlichen Abhörmethoden bewahrt zu bleiben, mit im Spiele ist, tritt bei der Frage der Verwertbarkeit der heimlichen Tonbandaufnahme zu gerichtlichen Zwecken das Interesse des Betroffenen am Unterbleiben der Verwendung allein dem staatlichen Interesse an der Wahrheitsermittlung gegenüber. Da das Interesse an der Sachaufklärung wohl höher einzuschätzen ist als das Interesse des Betroffenen am Unterbleiben der Tonbandwiedergabe, könnte die Tonbandreproduktion regelmäßig als gerechtfertigt erachtet werden. Um aber das im Interesse eines ungestörten menschlichen Zusammenlebens anzuerkennende Aufnahmeverbot durch eine allzu großzügige Verwendung heimlicher Aufnahmen nicht nahezu zwecklos zu machen, muß grundsätzlich auch die Verwertung heimlicher Aufnahmen im Strafverfahren als unzulässig bezeichnet werden. Abgesehen von dieser Zweckmäßigkeitsüberlegung ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 für die Gerichte grundsätzlich die Pflicht, die beweismäßige Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen zu unterlassen, da sie unter Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien erlangt sind. Allerdings wird man sich in bestimmten wenigen Ausnahmefällen, in denen an der Verfolgung einer Straftat ein besonders starkes Interesse besteht - wie etwa bei schwersten Verbrechen -

Über dieses Beweismittelverbot hinwegsetzen und die an sich rechtswidrige Verwertung als gerechtfertigt erachten müssen⁴²⁾. Es wird die Aufgabe des Gerichts sein, im Einzelfall festzustellen, ob ein solcher Ausnahmefall gegeben ist.

42) In diesem Sinne Roeber, Das Tonband und seine Stellung im Recht, S. 23; vgl. hierzu ferner die ähnlichen Erwägungen bei KMR 2 d vor § 48 und bei v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Erl. III, 5a (S. 153), bezüglich der Verwertbarkeit von auf unsittliche Weise bzw. unter Verstoß gegen § 136a erlangter Beweismittel. - A.A. Scupin, DÖV, 1957, S. 551, 1. Sp., der auf die Schwierigkeit der Eingrenzung der Ausnahmefälle hinweist.

Schl u ß b e m e r k u n g e n

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung hinsichtlich der Frage der beweismäßigen Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren große Uneinigkeit, deren Ursache in der Lückenhaftigkeit des Gesetzes, welches diese technische Neuheit nicht kennt, zu suchen ist. Während sich - in großen Zügen gesehen - im gegenwärtigen Streit der Meinungen einerseits die Tendenz abzeichnet, das Tonband im Bereich des Strafverfahrens völlig zu ignorieren¹⁾, hat andererseits seine Verwendung zur Bekämpfung und Verfolgung der Kriminalität in Praktikerkreisen wärmste Befürwortung gefunden²⁾. Es war nun die Aufgabe dieser Arbeit, die aus der Benutzung von Tonbändern in Ermittlungs- und Hauptverfahren entstehenden rechtlichen Probleme mit ihrer teilweise widerspruchreichen Behandlung durch Wissenschaft und Rechtsprechung aufzuzeigen und zu untersuchen, ob und auf welche Weise sich die einzelnen Probleme vom Boden des geltenden Rechtes aus lösen lassen. Wir gelangten dabei im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen, die hier abschließend wiedergegeben werden dürfen:

- 1) Die Tonbandaufnahme ist Beweismittel im Sinne der Strafprozeßordnung und kann entweder im Urkunden- oder im Augenscheinsbeweis Verwendung finden. Als Urkunde ist sie zu charakterisieren, wenn sie durch einen in ihr verkörperten Gedankeninhalt dem Beweis von Tatsachen dienen soll. Kommt es dagegen für die Tatsachenfeststellung ausschließlich auf einen durch das Tonband vermittelten Sinneseindruck an, so ist sie zum Kreis der Augenscheinsobjekte zu rechnen.
- 2) Obgleich Tonbandaufnahmen von Vernehmungen aus dem Ermittlungsverfahren Urkundenbeweis zu erbringen vermögen, haben sie wegen der Schwerfälligkeit ihrer praktischen Handhabung als Ersatzmittel des überkommenen schriftlichen Vernehmungsprotokolls auszuschneiden. Angesichts der Vorzüge, welche die Tonbandaufnahme im Hinblick auf die Wahrheitserforschung besitzt, ist jedoch ihre Verwendung als Protokollanlage de lege ferenda zu empfehlen.
- 3) Tonbandaufnahmen, die ohne das Einverständnis des Sprechenden im Verkehr mit Behörden oder im Geschäfts- oder Privatleben hergestellt worden sind, verletzen das aus den Grundrechten der Menschenwürde und der freien Persönlichkeitsentfaltung herzuleitende allgemeine Persönlichkeitsrecht und sind daher grundsätzlich unzulässig. Auch in der zustimmungsfreien Verwendung solcher Aufnahmen liegt regelmäßig ein rechtswidriger Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre des Sprechenden.

1) Vgl. Eb. Schmidt, JZ 1956, 209, 2. Sp.

2) Vgl. etwa Höfler, Krim. 1954, 237, 2. Sp.; Aeppli, ebenda, 1954, 174; Schöber, ebenda, 1954, 290; Händel, PolBl. 1957, 12 ff.; Leiber, Tonbandaufnahmen, S. 72, ders. PolPrax. 1957, 25, 1. Sp.

4) Die heimliche Aufnahme kann aus Wahrnehmung berechtigter Interessen ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn sie bei strenger Prüfung zur Wahrnehmung eines höherwertigen Interesses erforderlich erscheinen dürfte. Nicht gebilligte Tonbandaufnahmen können jedoch aus diesem Gesichtspunkt nicht schon deshalb als gerechtfertigt angesehen werden, weil sie zur Gewinnung von Beweismitteln für ein Strafverfahren hergestellt worden sind.

5) Die Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen durch das Gericht ist wegen des darin liegenden Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht prozessual unzulässig, kann aber unter Umständen aufgrund des allgemeinen Rechtfertigungsgedankens der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein.

Rückblickend läßt sich also sagen, daß sich die strafprozeßrechtlichen Probleme, die mit dem Tonband ins Leben getreten sind, anhand der bestehenden gesetzlichen Regelungen durchaus befriedigend lösen lassen. Gleichwohl erscheint es aber erstrebenswert, im Interesse eines verstärkten Schutzes vor mißbräuchlicher Verwendung von Tonbandgeräten, sowie zur Klarstellung der Verwendungsmöglichkeiten von Tonbändern im Strafprozeß die geltenden Gesetze entsprechend zu ergänzen.

Zunächst wäre es angebracht, § 249 S. 1 StPO so zu formulieren, daß er auch Tonbandaufnahmen mitumfaßt, die Urkundeneigenschaft besitzen. Dieser Forderung könnte etwa durch die Ersetzung des Wortes "verlesen" durch die Wendung "wörtlich wiedergegeben" genügt werden. Entsprechend wären die übrigen Bestimmungen der Strafprozeßordnung abzuändern, die sich mit dem Urkundenbeweis befassen, wie beispielsweise die §§ 232, 233, 250, 251 und 325 StPO. Weiterhin wäre eine Ergänzung des § 136a StPO zu befürworten, die jede Überlistung von Beweispersonen durch heimliche Tonbandaufnahmen untersagt und damit die heimlichen Aufnahmen aus dem Ermittlungsverfahren zu einem verbotenen Beweismittel stempelt. Auch hinsichtlich außerhalb des Ermittlungsverfahrens heimlich vorgenommener Aufnahmen würde sich die Schaffung eines Beweismittelverbotes empfehlen, welches die Verwertung solcher Aufnahmen grundsätzlich untersagt.

Lebenslauf

Am 26. März 1931 wurde ich als Sohn des Bundesbahnoberinspektors i.R. Wilhelm Weinmann und dessen Ehefrau Helene geb. Bichtel in Würzburg geboren. Von 1937 bis 1941 besuchte ich in Mannheim die Volksschule und anschließend mit einer kriegsbedingten einundeinhalbjährigen Unterbrechung das Tulla-Realgymnasium, wo ich 1952 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester des gleichen Jahres nahm ich an der Universität Heidelberg das rechtswissenschaftliche Studium auf und bestand am 13. Dezember 1955 die Erste Juristische Staatsprüfung. Nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes im Lande Baden-Württemberg legte ich am 2. Juli 1959 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Stuttgart die Zweite Juristische Staatsprüfung ab. Am 18. September 1959 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Mannheim zugelassen.

Hans-Joachim Weinmann



